Der Einfluß der rechtlichen Eigenart des Eigentumsvorbehalts auf die Erfüllungs-ablehnung des Konkursverwalters gemäß § 17 KO. im Konkurse des Verkäufers

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Bruno Dettmann

Gerichtsreferendar aus Krefeld.

Marburg 1936

Dissertations-Verlag G. H. Nolte Düsseldorf

Als Dissertation von der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 25. März 1936

1. Berichterstatter: Professor Dr. Gustav Boehmer

2. Berichterstatter: Professor Dr. Erich Jung.

Inhaltsverzeichnis.

I. Teil:

II. Teil:

III. Teil:

IV. Teil:

Literaturverzeichnis.

Auerbach, „Der Eigentumsvorbehalt vom Standpunkt des Einzelhandels" in „Der Eigentumsvorbehalt in Wirtschaft und Recht", herausgegeben von der Industrie- und Handelskammer, Berlin, 1931.

Bendix, „Der Eigentumsvorbehalt im Konkurse des Käufers und Verkäufers" in Juristische Wochenschrift 1930 S. 1360 ff.

Bley, „Zur Frage der Anwendbarkeit des § 17 KO auf den Kauf unter Eigentumsvorbehalt" in Judicium, Vierteljahresschrift für die gesamte Zivilrechtspflege. 4. Jahrgang, 1932, S. 200 ff.

Boehmer, Der Erfüllungswille, München, 1910,

— Erbfolge und Erbenhaftung, Halle, 1927.

— „Der Übergang des Pflichtlebens des Erblassers auf den Erben" in „Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben". Berlin und Leipzig, 1929, Band III S. 216 ff.

Brachmann, Die Rechtsgeschäfte des Gemeinschuldners, 1883.

Brecht, „Bedingung und Anwartschaft" in Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Bd. 61 S. 297.

Dernburg, Das Sachenrecht, 4. Aufl., 1908.

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch. 2. Aufl. Bd. II u. III, 1910 und 1913.

Ebertsheim, „Eigentumsvorbehalt" in Juristische Wochenschrift 1930 S. 3705.

Emmerich, Pfandrechtskonkurrenzen, Berlin, 1909.

Etzold, Die Zwangsvollstreckung des Verkäufers in die unter Eigentumsvorbehalt verkaufte Sache. Dissertation Frankfurt 1928.

Flatau, Die Zwangsvollstreckung in Leihmöbel. Dissertation Berlin 1919.

Fränkel, „Eigentumsvorbehalt und Konkurs" in Die Wirtschaft und das Recht 5 (1930), Sp. 317.

Hellwig, „Gläubigernot" in Recht und Wirtschaft 1912 S. 31 ff.

Hoeniger, Anmerkung in Juristische Wochenschrift 1927 S. 717 ff.

Jacusiel, Der Eigentumsvorbehalt, Berlin, 1932.

Jäger, Kommentar zur Konkursordnung, 6. und 7. Aufl. 1931.

Jaffé, Der Eigentumsvorbehalt beim Kauf, Leipzig, 1910.

Kisch, Besprechung des Wolff'schen Kommentars zur Konkursordnung in Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Bd. 45 S. 50 ff.

Kreß, Lehrbuch des allgemeinen Schuldrechts, München, 1929.

Lehmann, „Der Eigentumsvorbehalt im Vergleichsverfahren" in der Festschrift für Richard Schmidt, Leipzig, 1932, S. 346 ff.

Liebisch, „Die Sicherungsübereignung im Steuerbeitreibungsverfahren" in Juristische Wochenschrift 1928 S. 946 ff.

Lubowski, „Eigentumsvorbehalt" im Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat, 9. Jahrg. 1909.

Mentzel, Kommentar zur Reichskonkursordnung, 4. Aufl. 1932.

Merkel, „Der Liquidationstreuhandvertrag" in Juristische Wochenschrift 1930 S. 1343.

Müller, „Das Eigentum im Verhältnis zum Anwartschaftsrecht aus bedingter Übereignung" in Juristische Wochenschrift 1934 S. 1543.

Müllereisert, „Eigentumsvorbehalt oder Verfügungsermächtigung" in Juristische Wochenschrift 1933 S. 1235.

Neuschäffer, „Der Eigentumsvorbehalt in der neuen Vergleichsordnung" in Juristische Wochenschrift 1935 S. 3516 ff.

Nord, „Gebundene Berechtigung. Ein Beitrag zur Lösung der Frage der Sicherungsübereignungen" in Juristische Wochenschrift 1915 S. 189.

Oertmann, „Beiträge zur Lehre von der Erfüllungspflicht des Verkäufers" in Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht 1927 S. 9 ff.
— „Leistungshandlung und Leistungserfolg" in Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht (ZHR) Bd. 93 S. 356 ff.
— Die Rechtsbedingung (Condicio iuris), Leipzig und Erlangen 1924.
— Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 1928/29.
Petersen-Kleinfeller, Konkursordnung für das Deutsche Reich, 4. Aufl., 1900.
Planck, Kommentar zum BGB, 4. Aufl., 1913.
Reichsgerichtsräte-Kommentar zum BGB, 7. Aufl.
Rühl, Eigentumsvorbehalt und Abzahlungsgeschäft, Berlin 1930.
— „Der Einfluß des Konkurses auf Vorbehaltskäufe mit Weiterveräußerungsermächitgung" in Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht 1931 S. 153 ff.
— „Die Vergleichsordnung und der Verkauf unter Eigentumsvorbehalt" in Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß Bd. 56 S. 154 ff.
Samolewitz, Anmerkung in Juristische Wochenschrift 1931 S. 2160.
Sandrock, Die Behandlung der zweiseitigen Verträge im Konkurse nach § 17 KO. Dissertation Göttingen, 1928.
v. Sarwey-Bossert, Kommentar zur Konkursordnung, 4. Aufl., 1901.
Schloßmann, „Anspruch, Klage, Urteil und Zwangsvollstreckung auf Herbeiführung eines Rechtserfolges" in Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Bd. 45 S. 97 ff.
Schlotter, „Eigentumsvorbehalt im Konkurs des Verkäufers" in Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht 1911 Sp. 49/50.
Schmitt, „Die Sicherungsübereignung" in Deutsche Juristen-Zeitung 1912 Sp. 1045/1046.
Siber, Der Rechtszwang im Schuldverhältnis nach deutschem Reichsrecht. Leipzig, 1903.
— „Zur Theorie von Schuld und Haftung nach Reichsrecht" in Jherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Band 50, S. 55 ff.
— in Planck's Kommentar zum BGB II 1 Einleitung S. 21 ff.
Siebert, Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung, Marburg, 1934.
Staub, Kommentar zum HGB, 14. Aufl., 1933.
Staudinger, Kommentar zum BGB, 9. Aufl. bes. Bd. II, 2, 1928.
Wallach, „Findet § 17 KO Anwendung, wenn der Käufer, dem die Sache unter Eigentumsvorbehalt bis zur Zahlung des Kaufpreises übergeben worden ist, in Konkurs fällt?" in Juristische Rundschau 1930, S. 116/117.
Warneyer, Handkommentar zur Konkursordnung, 1932.
v. Wilmowski-Kurlbaum, Kommentar zur Konkursordnung, 6. Aufl. 1906.
Witte, „Das Eigentum im Verhältnis zum Anwartschaftsrecht aus bedingter Übereignung" in Juristische Wochenschrift 1934 S. 1142.
Wolff, Martin, „Das Recht zum Besitz" in der Festschrift für Koch, S. 150 ff.
Wolff, Theodor, Die Konkursordnung, Kommentar, 2. Aufl. 1921.
Sammlung der Entscheidungen und Gutachten des Reichsfinanzhofs.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen.

I. Teil.

Aufgabenstellung.

Mit dem § 17 KO verknüpft sich, seitdem es in fortschreitendem Maße Brauch geworden ist, daß der Verkäufer einer Ware sich das Eigentum bis zur Zahlung der letzten Kaufpreisrate vorbehält, eine Frage, die schon längere Zeit die rechtswissenschaftliche Literatur und Judikatur beschäftigt und immer noch einer befriedigenden Lösung harrt. Fällt nämlich der Verkäufer, nachdem der Käufer mit der Ratenzahlung begonnen, ja vielleicht bis auf einen verhältnismäßig kleinen Rest den Kaufpreis getilgt hat, in Konkurs, so scheint sich für den Konkursverwalter das Wahlrecht aus § 17 KO zu ergeben, denn die überwiegende Ansicht geht von der Annahme aus, daß ein Kaufvertrag über eine unter Eigentumsvorbehalt verkaufte Sache so lange noch von keiner Seite vollständig erfüllt ist, als nicht die Bedingung für den Eigentumserwerb eingetreten ist [1]). Das führt zu der Folgerung, daß der Konkursverwalter, wenn ihm der Rückerwerb der verkauften Sache für die Konkursmasse wertvoller erscheint als der noch ausstehende Kaufpreisrest, berechtigt ist, gemäß § 17 KO, der grundsätzlich beim Kaufvertrag als gegenseitigem Vertrag Anwendung findet, die Erfüllung des Vertrages abzulehnen, die unter Eigentumsvorbehalt verkaufte Sache mit der Eigentumsklage zur Konkursmasse zu ziehen und den Käufer wegen seiner bereits gezahlten Raten auf einen Schadensersatzanspruch aus § 26 KO zu verweisen, der als gewöhnliche Konkursforderung angemeldet werden muß und nur anteilsmäßige Berücksichtigung finden kann. Der Käufer würde somit der gezahlten Raten zu einem meist erheblichen Teile verlustig gehen, während die Konkursmasse bedeutend mehr erhielte, als sie bei Beibehaltung des Vertrages erhalten haben würde, denn sie bekäme auch noch den Kaufgegenstand selbst außer einem mehr oder weniger erheblichen Teil der bereits gezahlten Raten. Von diesen müßte allenfalls nur ein als Konkursforderung anzumeldender Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung abgerechnet werden, der aber nur quotenmäßig befriedigt werden würde und deshalb praktisch gegenüber den voll eingezahlten Raten und dem Kaufgegenstand nicht ins Gewicht fällt [2a]).

Bei rein konstruktiver Betrachtungsweise hat es zunächst den Anschein, als ob dieses Ergebnis richtig sei und wegen der Besonderheiten

---

1) Auerbach S. 68, Bendix in JW 1930 S. 1362, Brecht in Iherings Jahrb. Bd. 61 S. 297, Düringer-Hachenburg III S. 217, Etzold S. 35/38, Jacusiel S 40 ff., Jaeger § 17 Anm. 11, Jaffé S 87, Mentzel S 110 ff., RG-Komm. § 455 Bem. 3 und 6, § 433 Bem. 8 I b, Sarwey-Bossert S. 100, Staub § 382 Anhang Anm. 90, Staudinger § 455 IV a, Wallach in Jur. Rundsch. 1930 S. 116/117, Warneyer S. 60 — RG Bd. 64 S. 204 und S. 336, Bd. 95 S. 105, Bd. 133 S. 42.

2a) Vgl. zu dieser Frage S. 60 ff.

des Konkurses garnicht vermieden werden könnte. Daß ein solcher Rechtszustand aber gerade nach heutigen Anschauungen nicht befrieden kann und unbedingt eine Nachprüfung erfordert, liegt auf der Hand. Diese Auffassung zeigt sich auch schon in der neuen Vergleichsordnung vom 1. April 1935, die in Berücksichtigung dieser Erkenntnis — wie Neuschäffer ausführlich dargelegt hat [2b]) — die Tendenz hat, die Rechte des Eigentumsvorbehaltsgläubigers herabzumindern. Trotzdem hat auch sie leider die Frage, wann der Verkäufer einen Vertrag vollständig erfüllt hat, nach wie vor offen gelassen. Das Erfordernis, ständig wiederkehrende unbefriedigende Ergebnisse der Rechtsanwendung zu vermeiden, rechtfertigt es, auch das vorliegende, in der Praxis nicht unwichtige Problem unter neuen Gesichtspunkten zu betrachten und zu einer einheitlichen, den Anschauungen der heutigen Rechtswissenschaft gerecht werdenden Lösung zu bringen. Das Rechtssystem weist hier eine scheinbare Lücke auf, deren Ursache zu finden und durch eine richtige rechtsteleologische Betrachtung zu beseitigen, Aufgabe dieser Arbeit sein soll.

Diese Aufgabe ist bei dem hier zu erörternden Problem besonders fruchtbar, da die bisherigen Versuche, zu einer einwandfreien Lösung zu gelangen, sich fast ausschließlich auf Bahnen bewegten, die die eigentliche Ursache eines derart unbilligen Ergebnisses fast völlig außer Acht ließen.

Die Abhandlung will sich auf den Fall des Verkäuferkonkurses beschränken und den Käuferkonkurs nur vergleichsweise heranziehen. Sie wird zunächst eine Übersicht über den bisherigen Stand des Problems geben, unter besonderer Berücksichtigung der Gründe, die zu einer Ablehnung der bisherigen Lösungsversuche führen müssen und unter Hinweis auf den neu zu beschreitenden, von diesen Methoden abgekehrten Weg, um sodann den Versuch zu machen, die Lösung des Problems an einer Stelle anzugreifen, die als die Grundlage des zu beseitigenden Übels angesehen werden muß.

II. Teil.

Bisherige unzureichende Behandlung des Problems.

1. Abschnitt.

Allgemeine Übersicht.

Man kann die bisher gemachten Lösungsversuche in zwei Gruppen teilen. Die eine versucht dadurch das Ziel zu erreichen, daß sie die Anwendung des § 17 KO beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt überhaupt leugnet, weil mit bedingter Übereignung und Übergabe eine vollständige Erfüllung der Verkäuferpflichen stattgefunden habe, sodaß die Voraussetzungen des § 17 KO nicht gegeben seien [3]). Die andere steht zwar auf dem Standpunkt, daß der Verkäufer noch nicht vollständig erfüllt habe,

2b) Neuschäffer „Der Eigentumsvorbehalt in der neuen Vergleichsordnung“ in JW. 1935, S. 3516 ff.

3) Auerbach S. 69, Ebertsheim in JW 1930 S. 3705, Emmerich S. 51 Anm. 160, Flatau S. 40, Kreß S. 414, Lehmann S. 350 ff., Lubowski S. 69,

versuch aber auf verschiedenen anderen Wegen der Unbilligkeit, die im Ergebnis der herrschenden Meinung liegt, Herr zu werden [4]).

2. Abschnitt.

Gleichstellung der „Erfüllung" mit der Vornahme der Leistungshandlungen durch den Schuldner.

a) Die Lehren Oertmanns und Rühls und ihre Widerlegung.

Zu der ersten Gruppe gehören die vielbesprochenen Versuche Rühls und Oertmanns [5]), den § 17 KO beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt mit der Begründung auszuschalten, daß der Verkäufer mit bedingter Übereignung und Übergabe der Sache seine Verpflichtungen aus dem Kaufvertrage deshalb vollständig erfüllt habe, weil unter „Erfüllung" allgemein Vornahme derjenigen Handlungen zu verstehen sei, die der Schuldner zur Herbeiführung des Leistungserfolges seinerseits zu bewirken habe.

Im ersten Augenblick hat diese Ansicht etwas Bestechendes. Nach § 158 Abs. 1 BGB wird der Käufer mit der vollständigen Zahlung des Kaufpreises ipso iure Eigentümer der verkauften Sache, ohne daß es noch einer Leistungshandlung des Verkäufers bedürfte. Er hat also anscheinend keinen Anspruch mehr gegen diesen, denn der Anspruch ist nach der Legaldefinition des § 194 BGB das Recht, von einem anderen ein Tun oder ein Unterlassen zu verlangen. Da der Käufer aber im Hinblick auf den von selbst eintretenden Eigentumsübergang nicht mehr berechtigt ist, von dem Verkäufer eine Leistung zu fordern, ohne Forderung aber auch keine Verpflichtung auf der anderen Seite vorhanden ist, so hat es tatsächlich den Anschein, als ob der Verkäufer mit der bedingten Eigentumsübertragung seine Verpflichtungen aus dem Kaufvertrage erfüllt habe.

Mit dieser Auffassung setzt sich die Lehre Oertmanns und Rühls aber in Gegensatz zu der herrschenden Meinung, die mit Recht auf dem Standpunkt steht, daß unter Erfüllung nicht nur die Bewirkung der Leistungshandlungen, sondern darüber hinaus der Eintritt des Leistungserfolges zu verstehen sei [6]).

Merkel in JW 1931 S. 2088 f., Oertmann in LZ 1927 Sp. 9 ff. u. in ZHR Bd. 93 S. 356 f. Rühl in LZ 1931 S. 153 ff. u. in ZZP Bd. 56 S. 154 ff. sowie Eigentumsvorbehalt S. 204 ff.

4) Bley in Judicium Sp. 209/210, Fränkel in WuR 5 (1930) Sp. 317 ff., Witte in JW 1934 S. 1142 ff.

5) Rühl in LZ 1931 S. 153 ff. und in ZZP Bd. 56 S. 154 ff. sowie Eigentumsvorhalt S. 204 ff., Oertmann in LZ 1927 Sp. 9 ff. und in ZHR Bd. 93 S. 356 ff.

6) Boehmer S. 4, 16, 24, 34, Brecht in Iherings Jahrb. Bd. 61 S. 297, Etzold S. 35/38, Jäger § 17 Anm. 11, Mentzel S. 110 ff., RG-Komm. § 455 Bem. 3 und 6, § 433 Bem. 8 I b, Sarwey-Bossert S. 100, Staub § 382 Anhang Anm. 90, Staudinger § 455 IV a, Düringer-Hachenburg III S. 217, — RG Bd. 64 S. 204 u. S. 336, Bd. 95 S. 105, Bd. 133 S. 42.

Die Gründe, die die Ansicht der herrschenden Lehre allgemein stützen sollen, sind von Jäger im einzelnen dargelegt worden[7]. Es muß zugegeben werden, daß sie nicht alle stichhaltig sind, wie Rühl[8] nachzuweisen versucht hat. Das gilt besonders für die Feststellung Jägers, daß der Zweck des § 17 KO der sei, den Vertragsgegner des Gemeinschuldners möglichst lange zu schützen[9]. Wie Rühl zutreffend bemerkt[10], könnte diese Tendenz des § 17 KO gerade das entgegengesetzte Ergebnis zeitigen, denn besonders in Fällen, wie dem vorliegendem, führt ja die Anwendung des § 17 KO dazu, dem Vertragsgegner des Gemeinschuldners Schaden zuzufügen.

Aber schon der zweite Grund Jägers, daß bei Nichtanwendung des § 17 KO beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt „der Eigentumsvorbehalt seinen Zweck, den Verkäufer für den Fall der Zahlungsunfähigkeit des Käufers sicherzustellen verfehlen würde"[11] ist von Rühl mit der Behauptung, daß das Aussonderungsrecht des Verkäufers doch auf jeden Fall bestehen bleibe[12], nicht widerlegt worden, denn dieser Gesichtspunkt trifft doch nur für den Käuferkonkurs zu. Im Konkurs des Verkäufers, der selbst Vorbehaltseigentümer ist, ist er völlig gegenstandslos. Aber auch für den Fall des Käuferkonkurses ist Rühls Ansicht nicht unbedingt durchschlagend, denn ob das Aussonderungsrecht des Verkäufers bestehen bleibt, ist eine immerhin streitige Frage. Hat doch das Reichsgericht bei der Sicherungsübereignung, die erheblich verwandte Züge mit dem Eigentumsvorbehalt aufweist, das Aussonderungsrecht verneint[13]. Diese Fragen werden noch an anderer Stelle Gegenstand besonderer Betrachtung sein[14].

Die Behauptung Rühls, daß die herrschende Ansicht den auch von Jäger selbst anerkannten Zusammenhang[15] zwischen der Einrede des nichterfüllten Vertrages (§ 320 BGB) und dem § 17 KO zerschneide[16], mag, was den inneren Zusammenhang anbetrifft, richtig sein, denn wie in § 320 BGB, so soll auch in § 17 KO ein für beide Teile befriedigender Ausgleich zwischen Leistung und Gegenleistung gewährleistet werden.

---

7) Jäger § 17 Anm. 10, Anm. 11.
8) Rühl in ZZP Bd. 56 S. 167 ff.
9) Jäger § 17 Anm. 10.
10) Rühl in ZZP Bd. 56 S. 168. Auch Lehmann in Festschr. für R. Schmidt führt S. 353 zutreffend aus: „Im Konkurs des Vorbehaltsverkäufers führt die herrschende Auslegung dazu, daß der Konkursverwalter den Käufer durch Ablehnung der Erfüllung möglichst lange schädigen kann, indem er den Eintritt der Wirkungen der vom Gemeinschuldner bereits völlig erbrachten Leistungshandlungen verhindert. Aus einer Vorschrift zum Schutz des Vertragsgegners würde § 17 durch eine solche Auslegung eine Vorschrift zur Begünstigung der Konkursgläubiger."
11) Jäger § 17 Anm. 11. So auch RG Bd. 64 S. 334.
12) Rühl in ZZP Bd. 56 S. 168/169. Auch Lehmann ist dieser Ansicht. S. 352.
13) Vgl. JW 1928 S. 63 Nr. 12, RG Bd. 24 S. 48/49, Bd. 91 S. 279, 280, Bd. 118 S. 209, Warn. 1910 Nr. 38. Auch Jäger § 64 Anm. 6 und § 48 Anm. 13.
14) Vgl. S. 27.
15) Jäger Einleitung zu § 17.
16) Rühl in ZZP Bd. 56 S. 168.

Aber § 17 KO stellt sich als eine dem Konkursrecht eigentümliche Vorschrift dar. Dem inneren Zusammenhang, kann gerade im Konkurse nicht die von Rühl behauptete Bedeutung beigemessen werden, denn die Eigenart des Konkurses besteht darin, daß er eine neue Rechtslage schafft, der gegenüber so lange alle anderen Gesichtspunkte zurückzutreten haben, als damit nicht gegen die Grundprinzipien des gesamten Rechtssystems verstoßen wird. Dadurch sind gewisse verschiedene Ausdeutungen vielleicht innerlich verbundener Vorschriften innerhalb und außerhalb des Konkurses bedingt.

Der weitere von Jäger vorgebrachte Grund, daß die Fassung des § 17 KO, der ganz eindeutig voraussetzt: „wenn ein Vertrag nicht oder nicht vollständig erfüllt ist", in bemerkenswertem Gegensatz etwa zum § 243 Abs. 2 BGB stehe, in dem es heißt: „hat der Schuldner das zur Leistung seinerseits Erforderliche getan" [17]), ist zutreffend. Wenn auch die Terminologie der KO und des BGB, wie Rühl gegen Jägers Ansicht anführt [18]), nicht immer gleich ist, da beide Gesetze verschiedenen Datums sind, so ergibt sich doch die Richtigkeit der Jäger'schen Ansicht ganz klar aus der, der herrschenden Ansicht zu Grunde liegenden, unbefangenen Auslegung des Begriffs der Erfüllung, der im Konkursrecht nach dem Sinn und Zweck des Konkursverfahrens nur im Sinne einer völligen Abwicklung des Schuldverhältnisses verstanden werden kann.

Das letzte Argument Jägers, daß nach allgemeinen Grundsätzen des Konkursrechts" die Stellung der Beteiligten durch die Rechtslage zur Zeit der Konkurseröffnung bestimmt werde" [19]) ist, wie Rühl zugegeben werden muß, nicht überzeugend, denn auch die Gegenmeinung stellt im wesentlichen auf die Rechtslage im Augenblick der Konkurseröffnung ab [20]): Es handelt sich eben um die — streitige — Frage, wie diese Rechtslage in diesem Zeitpunkt beschaffen ist.

Das Ergebnis ist somit, daß diese Gründe Rühls gegen Jäger im Großen und Ganzen nichts Entscheidendes gegen die herrschende Lehre vorgebracht haben.

Die Ausführungen Oertmanns [21]) gipfeln in der Behauptung, daß der Verkäufer beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt alle Leistungshandlungen erbracht habe, die man von ihm verlangen könne. Der Käufer könne also weder auf die Vornahme noch irgend einer Leistungshandlung noch auf die Herstellung des Leistungserfolges klagen. Deshalb liege beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt nach bedingter Übereignung und Übergabe von Seiten des Verkäufers vollständige Erfüllung vor, da die Erbringung sämtlicher Leistungshandlungen als Erfüllung im Sinne des § 17 KO angesehen werden müsse [22]).

---

17) Jäger § 17 Anm. 10.
18) Rühl in ZZP Bd. 56 S. 167.
19) Jäger § 17 Anm. 11.
20) Rühl in ZZP Bd. 56 S. 169.
21) Oertmann in LZ 1927 Sp. 9 ff. und in ZHR 93 S. 356 ff. Im Ergebnis auch Lehmann S. 350 ff.
22) Auch Schloßmann in Iherings Jahrb. Bd. 45 S. 103/5 ist der Ansicht, daß unter Erfüllung nur die Leistungshandlungen gemeint sein könnten,

Bevor zu der Ansicht Oertmanns, daß Vornahme aller Leistungshandlungen Erfüllung sei, Stellung genommen wird, soll zunächst geprüft werden, ob denn der Verkäufer mit der bedingten Übereignung und der Übergabe wirklich alle Leistungshandlungen im Sinne Oertmanns vollendet hat.

Das könnte deshalb zweifelhaft sein, weil den Verkäufer neben der Übereignungspflicht noch gewisse Nebenpflichten treffen, so z. B. die Treupflicht, die ihn hält, alles zu unterlassen, was die Verwirklichung des Leistungserfolges hindern könnte. Es wäre dies eine Verpflichtung, deren Erfüllung der Verkäufer nach dem Kaufvertrage noch schuldet, und die erst endet, wenn der Leistungserfolg eingetreten ist. Auch Oertmann erkennt diese Nebenverpflichtungen ausdrücklich an [23]), aber er bezeichnet sie im Gegensatz zur positiven Übereignungspflicht als negative Unterlassungspflichten, die mit der Erfüllung der Übereignungspflicht als solcher nichts zu tun hätten und deshalb die Tatsache, daß die Leistungshandlungen bezüglich der Übereignungspflicht erfüllt seien, nicht hindern könnten [24]). Maßgebend ist aber doch wohl, was auch Oertmann zugeben muß, daß diese Nebenpflichten durch den Zweck des Kaufvertrages so eng mit der Übereignungspflicht verbunden sind, daß sie im Hinblick gerade auf den Zweck des Kaufvertrages als Bestandteil der Übereignungspflicht angesehen werden müssen. Es wäre also sogar die Behauptung nicht schlechthin unbegründet, daß dem Käufer dann, wenn der Verkäufer sich nicht an diese Nebenverpflichtungen hält, noch ein klagbarer Anspruch auf Unterlassung der Handlungen, die die Verwirklichung des Leistungserfolges hindern könnten, gegen den Verkäufer zugestanden werden muß.

Auf diesen, nicht unbestreitbaren Gesichtspunkt soll aber das Ergebnis nicht abgestellt werden.

In anderer Weise hat Bley versucht, unter Bezugnahme auf die Entscheidung des Reichsgerichts im 95. Bande S. 107 darzutun, daß den Verkäufer nach der bedingten Eigentumsübertragung und der Übergabe doch noch eine Verpflichtung trifft [25]). Bley stimmt mit der angeführten Entscheidung des Reichsgerichts insofern überein, als auch er der Auffassung ist, daß die Einigung der Parteien über den Eigentumsübergang im Augenblick des Eintretens der Bedingung noch vorhanden sein müsse. Dies ergebe sich aus § 929 Satz 1 BGB, wonach sich die Parteien, wenn der Veräußerer den Besitz der Sache hat, im Zeitpunkt des Überganges des Besitzes einig sein müßten. Diese Einigkeit müsse aber bei der Übertragung des E i g e n besitzes vorhanden sein. Diesen erhalte der Vorbehaltskäufer jedoch erst mit der Vollzahlung des Kaufpreises, vorher habe er nur Fremdbesitz. Da die Verschaffung bloßen Fremdbesitzes zur Übertragung des Eigentums nicht genüge, müsse eben

---

da ja nur die Vornahme von solchen verlangt werden könne und eine Klage auf Herstellung des Leistungserfolges nicht möglich sei.

23) Oertmann, in ZHR Bd. 93 S. 390.

24) Vgl. Planck II. 1. Einl. S. 21.

25) Bley in Judicium Sp. 212/213.

die Einigkeit der Parteien beim Erwerb des Eigenbesitzes, also bei Vollzahlung des Kaufpreises, noch vorhanden sein. Daß die Verwandlung des Fremdbesitzes in Eigenbesitz bei Vollzahlung des Kaufpreises ohne weitere Erklärung des Veräußerers eintritt, soll nach Bley an jenem Erfordernis nichts ändern. Dieser fortdauernde Einigungswille bis zum Zeitpunkt der Vollzahlung des Kaufpreises ist nach Ansicht Beys ein vertraglich gebotenes Verhalten und deshalb auch noch eine Erfüllungshandlung des Verkäufers. Der Käufer hätte demnach auch noch nach der aufschiebend bedingten Übereignung einen Eigentumsverschaffungsanspruch gegen den Verkäufer, den er sogar mittels Leistungsklage geltend machen könnte.

Bley legt nun zwar seinen Ausführungen die richtige Auslegung der Entscheidung des Reichsgerichts zu Grunde, wonach im Augenblick des Eintritts der Bedingung, also bei der Schlußzahlung, nicht noch einmal eine neue Einigung über den endgültigen Eigentumsübergang stattfinden muß, sondern lediglich das Festhalten an dem zunächst nur bedingt erklärten Übereignungswillen verlangt wird [26]), trotzdem kann seiner Auffassung, die in der Tat eine befriedigende Lösung des Problems bringen würde, nicht beigetreten werden, denn sie leugnet letzten Endes die Möglichkeit einer bedingten Einigung insofern, als der bloße Eintritt der Bedingung den Erfolg unter Umständen noch nicht herbeiführen kann. Der Kaufvertrag muß als geschlossenes Ganzes zur Verfolgung des Zieles, Eigentum und E i g e n besitz auf den Käufer zu übertragen, aufgefaßt werden. Der Kaufvertrag selbst ist von der Bedingung vollkommen unabhängig. Die spätere Umwandlung des Fremdbesitzes in Eigenbesitz ist in diesem Vertrage stillschweigend mit enthalten, und ebenso war auch von vornherein die von dem Eintritt der Bedingung abhängig gemachte Einigung darauf gerichtet. Die Wirkung, daß sich der Fremdbesitz im Augenblick des Eintritts der Bedingung in Eigenbesitz verwandelt, ist bei dem Vertrage im Augenblick des Abschlusses der bedingten Einigung stillschweigend vorweggenommen. Es ist ein unausgesprochener Teil des Inhalts des Vertrages, daß die bedingte Einigung bis zu dem Augenblick der Verwandlung des Fremdbesitzes in Eigenbesitz ihre Kraft behalten soll. Daß eine bedingte Einigung in d e r Form möglich ist, daß der Erfolg nur noch von dem Eintritt der Bedingung abhängt, ohne daß ein Fordauern des inneren Einigungswillens erforderlich ist, ergibt sich aus den allgemeinen Vorschriften über bedingte Rechtsgeschäfte. § 158 Abs. 1 BGB sagt, daß die von der Bedingung abhängig gemachte Wirkung mit Eintritt der Bedingung ausgelöst wird. Die Rechtswirkung wird nicht neu geschaffen, sondern sie entwickelt sich aus dem schon bei schwebender Bedingung bestehendem Anwartschaftsrecht, das selbstverständlich den ganzen Inhalt der Vereinbarung im Hinblick auf das zu erreichende Ziel umfaßt. Es kommt lediglich auf die die Bedingung auslösende Handlung an. Die Parteien sind von Anfang an an das bedingte Rechtsgeschäft gebunden in der Weise, daß von einem Tun- oder Unterlassenmüssen des Verkäufers nicht mehr gesprochen werden kann. Der

---

26) Bley Sp. 211/212.

Käufer hat nicht mehr nur einen Anspruch auf Übereignung, sondern ein Anwartschaftsrecht. Wenn es noch auf den Willen des Verkäufers ankommen würde, dann wäre ja bei dessen Weigerung ein Urteil auf Abgabe der Einigungserklärung erforderlich. Das steht aber in vollkommenem Widerspruch zu dem Wesen eines bedingten Rechtsgeschäfts [27]). Die Ansicht Bleys kann deshalb die Behauptung, daß Erfüllung noch nicht vorliegt, nicht stützen.

Wir kommen hiernach auf den schon oben S. 15 ff. angeführten Lösungsversuch Oertmanns, daß der Verkäufer mit der bedingten Übereignung und der Übergabe bereits voll erfüllt habe, zurück.

Oertmann selbst verkennt trotz seiner Angriffe auf die herrschende Meinung nicht, daß eine schuldtilgende Wirkung erst mit Eintritt des Leistungserfolges, nicht schon mit der bloßen Vornahme der Leistungshandlungen vorhanden ist [28]). Das ergibt sich auch ganz klar aus seinem eigenen Hinweis auf die Unmöglichkeitslehre. Unmöglichkeit im Sinne des BGB ist nicht nur Unausführbarkeit der Leistungshandlungen, sondern auch bloßer Nichteintritt des Leistungserfolges. Auch wenn der Schuldner durch Absendung der Ware oder durch sonstige Leistungshandlungen bereits alles seinerseits zur Leistung Erforderliche getan hat, schuldet er die Leistung und kann ihm diese unmöglich werden.

Wie bereits ausgeführt, ist Ortmanns Auffassung im wesentlichen richtig, daß beim Eigentumsvorbehalt der Verkäufer alle Leistungshandlungen erbracht hat, die von ihm verlangt werden können, daß der Käufer also keinen Anspruch mehr gegen den Verkäufer auf Vornahme irgend welcher Leistungshandlung oder Erfolgsherstellung haben kann, denn die Erfolgsherstellung kann ja nur mittels der Leistungshandlungen vorgenommen werden, und gerade die sind ja bereits beendet.

Damit ist aber nicht bewiesen, daß das Schuldverhältnis als erfüllt anzusehen ist, denn das Ziel des Schuldverhältnisses, der Eigentumsübergang, ist noch nicht erreicht. Das Reichsgericht drückt diesen maßgeblichen Gesichtspunkt in Band 64 S. 334 ff. folgendermaßen aus:

„Erfüllung ist Leistung des nach Inhalt des Vertrages Geschuldeten. Wenn, wie hier, die Leistung des Verkäufers in der Übertragung des Eigentums besteht, so kann unmöglich gesagt werden, daß die Leistung erfüllt sei, solange das Eigentum noch beim Verkäufer bleibt. Solange dies der Fall ist, ist aber das Eigentum nicht übertragen, der Vertrag also nicht erfüllt."

Es handelt sich hier um den eigenartigen Zustand, daß der Verkäufer zwar alle Leistungshandlungen erbracht hat, die Erfüllung aber gerade n o c h n i c h t eingetreten ist. Das ist die Eigenart des Eigentumsvorbehalts. Aus dieser Tatsache kann man aber nicht den Schluß ziehen, daß Vornahme der Leistungshandlungen Erfüllung sei. Es kommt dabei garnicht darauf an, daß die den Eintritt der Bedingung herbeiführenden

---

27) Oertmann Rechtsbedingung S. 87. Im Ergebnis zustimmend Rühl Eigentumsvorbehalt S. 87, Lehmann S. 351.
28) Oertmann in ZHR Bd. 93 S. 369.

Handlungen jetzt nur noch allein vom Gläubiger auszuführen sind [29]. Solange der Erfolg nicht eingetreten ist, liegt keine Erfüllung vor, gleichgültig, von wessen Handlungen das Eintreten des Erfolges noch abhängig ist. Auch die Frage, ob auf Herstellung des Leistungserfolges durch Leistungshandlungen noch geklagt werden kann oder nicht, kann für die Entscheidung völlig außer Acht bleiben. Es muß einerlei sein, ob noch ein klagbarer Anspruch gegen den Verkäufer besteht oder nicht, denn wie der vorliegende Fall zeigt, ist es eben durchaus möglich, daß kein klagbarer Anspruch mehr gegen den Verkäufer besteht, die Erfüllung aber dennoch nicht eingetreten ist.

Alle von Rühl und Oertmann vorgebrachten Gründe können nicht dazu führen, dem Begriff der Erfüllung eine andere Bedeutung beizumessen, als er nach dem Sinn und Zweck des Schuldverhältnisses nur haben kann. Das ist der wichtigste und durchschlagende Grund für die herrschende Lehre. Nach § 362 BGB erlischt das Schuldverhältnis, wenn die geschuldete Leistung bewirkt wird. Erfüllung ist Leistung des nach Inhalt des Vertrages Geschuldeten. Dadurch unterscheidet sich die eigentliche Erfüllung von allen anderen Endigungsgründen des Schuldverhältnisses. „Die Eigenart der Bewirkung der geschuldeten Leistung durch den Schuldner beruht nun darin, daß sie eine Verwirklichung dessen enthält, was die Obligation ihrem Inhalte nach erstrebt“ [30]. Bei einem Kaufvertrag ist niemals nur die Leistungshandlung geschuldet, sondern einzig und allein der Leistungserfolg. Das Schuldverhältnis ist das Mittel, um durch die Leistungshandlung des Schuldners zu einem Leistungserfolg zu gelangen. Nur zur Erzielung eines bestimmten Zweckes waren die Parteien in Beziehung getreten, die Erreichung dieses Zieles ist der Inhalt des Schuldverhältnisses, nicht bloß die Vornahme von Leistungshandlungen, bei denen noch garnicht sicher ist, daß sie auch auf jeden Fall zum Leistungserfolg führen.

Die Behauptung Rühls, der Wortlaut des Gesetzes, daß der Verwalter „die Erfüllung verlangen“ könne, gehe davon aus, daß noch eine Leistungshandlung erfolgen müsse [31], vermag die Jäger'sche Feststellung nicht aus der Welt zu schaffen, daß die Übereignung einstweilen immer noch vom Verkäufer geschuldet wird, wenn es auch einer besonderen Leistungstätigkeit des Verkäufers nicht mehr bedarf [32]. Rühl selbst gibt jedoch zu, daß diese sprachliche Argumentation nicht geeignet ist, seine eigene Anschauung ausreichend zu stützen [33]. Überdies könnte sich auch dieser Geschäftspunkt nur auf den Konkurs des Vorbehaltskäufers beziehen, sodaß daraus ein grundsätzlicher, auch für den Konkurs des Verkäufers geltender Schluß nicht gezogen werden kann.

---

29) So Boehmer, Erbfolge und Erbenhaftung S. 63.
30) Boehmer S. 4.
31) Rühl in ZZP Bd. 56 S. 167.
32) Jaffé S. 88 ff., Jäger § 17 Anm. 11.
33) Rühl in ZZP Bd. 56 S. 167 Anm. 38.

Der Hinweis darauf, daß der geschuldete Leistungserfolg noch nicht eingetreten ist, kann mit einer willkürlichen Gesetzesauslegung nicht entkräftet werden[34]).

Dieses Ergebnis ist auch von Siber herausgearbeitet worden[35]). Siber erblickt das Wesen des Schuldverhältnisses nicht in dem Leistensollen des Schuldners, sondern in dem Bekommensollen des Gläubigers. Danach ist die Schuld erst erfüllt, wenn der Erfolg eingetreten ist. Siber weist besonders darauf hin, daß Rechtsvorschriften, anders als Gebote der Sittlichkeit, zur Förderung von Erfolgen, nicht von Gesinnungen bestimmt sind. Die Schuld sei daher nicht erfüllt, wenn der Erfolg nicht eingetreten sei, mag auch der Schuldner alles von seiner Seite erforderliche getan haben und mag die Erfüllung nur an der Annahmeverweigerung des Gläubigers gescheitert sein[36]). Siber hebt hervor, daß es keine Verpflichtungen gäbe, die nicht auf einen Erfolg gingen. Der Erfolg sei aber meist — bei Kaufverträgen immer — ein Bekommen des Gläubigers[37]). Er bemerkt weiter zutreffend, daß die einseitige Betonung des Willensmomentes hier zu einer Auffassung führen würde, die aus einem komplizierten Organismus ein einzelnen Moment herausgreift und für das Wesen des Ganzen ausgibt, obwohl damit die Möglichkeit der Erfüllung durch Dritte ganz unerklärlich werden würde[38]).

Daß unter Erfüllung nur der Eintritt des Leistungserfolges verstanden werden kann, ergibt sich auch aus folgenden Erwägungen Sibers:

Der Schuldner für sich allein sei nur höchst selten imstande, den geschuldeten Erfolg herbeizuführen, weil es dazu fast immer der Annahme des Gläubigers bedarf. Der Wortlaut des § 433 Abs. I BGB, daß der Verkäufer verpflichtet sei, dem Käufer das Eigentum zu verschaffen, könne im Sinne der Leistungspflicht des Verkäufers nur bedeuten, daß dieser das außer der Annahme seitens des Käufers zur Eigentumsverschaffung Erforderliche zu tun habe[39]).

„Die Schuld ist kein Rechtsgebot an den Schuldner, sondern eine durch ein solches Rechtsgebot gesicherte Erfolgsanwartschaft, die erreicht werden kann, auch wenn der Schuldner ungehorsam ist, die aber auch fehlschlagen kann, wenn er gehorsam ist[40]).

Aus dieser zureffenden Auffassung Sibers erklärt sich auch seine Folgerung, daß eine gesicherte Erfolgsanwartschaft des Gläubigers fortbestehen kann, wenn das Rechtsgebot, das die Verpflichtung des bisherigen Schuldners begründet, erloschen oder nur noch auf eventuell erforderliche Nebenleistungen gerichtet ist. Das tritt ganz deutlich bei

---

34) So auch Lehmann S. 350. Auch Lehmann ist im Prinzip der Ansicht, daß beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt der Erfüllungerfolg noch nicht eingetreten ist und spricht dies klar und deutlich aus. S. 355. Im Endergebnis tritt er aber Oertmann und Rühl bei, ohne jedoch deren Begründungen genügen zu lassen.

35) Vgl. Siber bei Planck II 1 Einl. S. 21 ff.

36) Siber bei Planck II 1 Einl. S. 21.

37) Siber in Iherings Jahrb. Bd. 50 S. 239.

38) Siber bei Planck II 1 Einl. S. 21.

39) Siber bei Planck II 1 Einl. S. 22.

40) Siber bei Planck II 1 Einl. S. 22.

Schickschulden in Erscheinung, bei denen der Schuldner, wenn mit der Absendung die Gefahr auf den Gläubiger übergegangen ist, meist zu nichts mehr verpflichtet ist, oder höchstens nur noch unbedeutende Nebenpflichten hat. Auf jeden Fall ist die Schuld erst erfüllt, wenn der Gläubiger die Sendung von der Transportanstalt empfangen hat[41]).

Wenn das Schuldverhältnis mit der Absendung erloschen wäre, dann hätte es auch einer Bestimmung über den Gefahrübergang nicht mehr bedurft.

Auf die Beweisführung mit § 447 BGB hat besonders Boehmer hingewiesen. Er erblickt seinerseits in dem gesollten Verhalten des Schuldners, in dessen Leistungspflicht, „als erstem und vornehmstem Sanktionsmittel des erstrebten Erfolges" [42]) den Hauptinhalt der Schuld, neben der in der Verbindlichkeit noch enthaltenen, sekundären Haftung[43]). Er führt nun zutreffend aus, daß eben das gesollte Verhalten des Schuldners nur selten allein genüge, den Schulderfolg herbeizuführen, da regelmäßig auch eine Mitwirkung des Gläubigers dazu notwendig sei[44]), daß aber der „Schuld"charakter eines Rechtsverhältnisses nicht davon abhinge, ob es mehr oder weniger Sache des Verpflichteten sei, den erstrebten Erfolg herbeizuführen. Daraus folgt, daß das Schuldverhältnis bestehen bleibt, wenn der Schuldner das zur Erfüllung seinerseits Erforderliche getan hat und es nur noch der Mitwirkung des Gläubigers zur Erfolgsherstellung bedarf[45]).

Boehmer gelangt so, im Ergebnis wie Siber, ebenfalls zu einer Ablehnung der Ansichten, die mit der Beendigung der Leistungshandlungen bereits vollständig Erfüllung annehmen wollen. Er begründet dies seinerseits besonders damit, daß auch für den Schuldner nach Vornahme der Leistungshandlungen immer noch eine eventuelle Bindung durch die „Einstandspflicht" übrig bleibe.

Auch aus der Regelung des Annahmeverzuges läßt sich mit Deutlichkeit erkennen, daß nicht die Vornahme der geschuldeten Leistungshandlungen für die Erfüllung des Schuldverhältnisses maßgebend ist, sondern der Eintritt des Leistungserfolges:

Bei einem ordnungsgemäßen Realangebot sind die Leistungshandlungen des Schuldners mit dem Angebot beendet. Wenn nun mit Vollendung dieser schuldnerischen Leistungshandlungen bereits Erfüllung und damit Erledigung des Schuldverhältnisses eingetreten wäre, dann könnte ja ein Annahmeverzug garnicht eintreten, denn dieser setzt das Vorhandensein eines Gläubigers, also eines Schuldverhältnisses voraus. Das ergibt sich besonders daraus, daß dann, wenn der Gläubiger sich unmittelbar nach Eintreten des Annahmeverzuges zur Annahme der Leistung bereit erklärt und der Schuldner sie nun seinerseits verweigert, Schuldnerverzug eintreten muß. Das wäre aber ganz unmöglich, wenn die Schuld bereits durch das Realangebot erfüllt, das Schuldverhältnis erloschen wäre.

41) Siber bei Planck II 1 Einl. S. 22.
42) Boehmer in Reichsgerichtspraxis Bd. 3 S. 238.
43) Boehmer in Reichsgerichtspraxis Bd. 3 S. 237, 238, 247.
44) Boehmer in Erbfolge und Erbenhaftung S. 69.
45) Boehmer in Erbfolge und Erbenhaftung S. 69.

Auch die Regelung der unwiderruflichen Hinterlegung zeigt, daß Vornahme der Leistungshandlungen nicht gleichbedeutend mit Erfüllung ist. Die Hinterlegung setzt doch in den meisten Fällen voraus, daß der Schuldner die ihm obliegenden Leistungshandlungen schon vollzogen hat und das Hindernis eines Leistungserfolges nur durch Versagen der Gläubigermitwirkung entstanden ist. Trotzdem ist damit die Schuldpflicht noch nicht erloschen, sondern das Gesetz gibt dem Schuldner nur das Mittel, durch unwiderrufliche Hinterlegung ein solches Erlöschen herbeizuführen.

Was nützt es dem Gläubiger, daß der Schldner alles getan hat, um den Erfolg herbeizuführen, wenn dieser nachher nicht eintritt? Nur der Leistungserfolg aber kann für die Erfüllung des Schuldverhältnisses maßgebend sein. Das gilt ganz besonders für das Konkursrecht, in dem der Begriff der Erfüllung nach dem Zweck des Konkursverfahrens nur im Sinne einer völligen Abwicklung des Schuldverhältnisses verstanden werden kann. Da beim Eigentumsvorbehalt eine solche völlige Abwicklung aber eben noch nicht eingetreten ist, kann auch hier von Erfüllung keine Rede sein.

Es besteht deshalb keine Veranlassung, von dem Ergebnis der herrschenden Meinung in diesem Punkte abzuweichen. Die Lösung des Problems muß auf ganz andere Weise versucht werden.

b) Die Lehre von dem Unterschied zwischen Eigentumsverschaffung und Eigentumsübertragung.

In derselben Richtung wie die bisher besprochenen Versuche bewegt sich auch die Ansicht Lubowskis[46]) insofern, als auch er den Versuch unternimmt, wenn auch mit anderen Mitteln, den Nachweis zu erbringen, daß der Verkäufer mit bedingter Einigung und Übergabe seine Kaufvertragsverpflichtungen erfüllt hat.

Lubowski macht einen grundsätzlichen Unterschied zwischen Eigentumsverschaffung und Eigentumsübertragung[47]). Eigentumsverschaffung ist nach Lubowski etwas Geringeres als Eigentumsübertragung, weil zur Eigentumsverschaffung nur die zur Eigentumsübertragung erforderlichen Handlungen notwendig seien. Nach § 433 BGB habe der Verkäufer dem Käufer das Eigentum zu „verschaffen", d. h. alle die Handlungen vorzunehmen, namentlich die Erklärungen abzugeben, die nach den sachenrechtlichen Vorschriften zur Eigentumsübertragung erforderlich sind. Und das habe der Verkäufer beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt getan. Nicht aber habe er Eigentum zu übertragen.

Gegen eine solche Unterscheidung spricht in erster Linie der Sinn des Gesetzes. § 455 BGB spricht zwar im Gegensatz zu § 433 BGB von Eigentumsübertragung. Da aber § 455 BGB in engem Zusammenhang mit § 433 BGB steht, denn § 455 baut auf dem Tatbestand des § 433 auf, so ergibt sich daraus, daß unter Eigentumsverschaffung und Eigentumsübertragung in diesen Gesetzen grundsätzlich dasselbe zu verstehen

46) Lubowski S. 69.

47) So auch Merkel in JW 191 S. 2088 f., Wilmowski-Kurlbaum § 17 Anm. 4.

ist, genauer gesagt, daß Verschaffung hier dasselbe bedeutet wie Übertragung. Es liegt hier lediglich eine ungenaue Ausdrucksweise des Gesetzgebers vor, die nicht zum Anlaß einer willkürlichen Auslegung genommen werden darf. Allerdings decken sich die Begriffe Eigentumsverschaffung und Eigentumsübertragung terminologisch betrachtet nicht ganz genau, denn das Eigentum wäre auch dann „verschafft", wenn der Vorbehaltserwerber etwa durch Verbindung, Vermischung, Verarbeitung usw. Eigentümer der Sache geworden ist, „übertragen" worden ist das Eigentum dann nicht. Die Unterscheidung ist aber völlig bedeutungslos, denn der Käufer hat, solange die Bedingung noch nicht eingetreten ist, das Eigentum weder „verschafft" noch „übertragen" erhalten. Beide Begriffe unterscheiden sich nur im Weg, auf dem der Erfolg herbeigeführt werden soll. Der Erfolg ist aber erst eingetreten, wenn der Käufer unbedingtes Eigentum erworben hat [48]). Daher ist auch die gegenteilige Ansicht Schloßmanns abzulehnen.

Schloßmann ist, von der Auffassung ausgehend, daß Verpflichtungen zur Rechtsverschaffung überhaupt unmöglich seien, weil ihre Erfüllung außer von gewissen, im Willen des Schuldners liegenden Handlungen stets auch vom Zutreffen objektiver, der Parteiwillkür entzogener Voraussetzungen abhängig sei, der Ansicht, daß die Verpflichtung des Schuldners sich eben nur auf Vornahme derjenigen Handlungen richten könne, die von seiner Seite zur Begründung des Rechts erforderlich seien [49]), daß im übrigen aber seine Verpflichtung nur auf Gewährleistung, d. h. auf Schadensersatz für den ausbleibenden Erfolg, gerichtet sei [50]). „Die Übertragung des Eigentums, Bestellung des Pfandrechts, der Hypothek usp. von ihm (dem Schuldner) fordern, heißt Unmögliches fordern" [51]).

Auch diese Auffassung, die das Wesen des Forderungsrechtes einzig und allein in den schuldnerischen Leistungshandlungen erblickt, müßte dazu führen, mit der Beendigung der Leistungshandlungen eine Erfüllung anzunehmen.

Siber tritt der Lehre Schloßmanns entgegen, indem er ausführt, daß z. B. aus dem Wortlaut des § 433 Abs. I BGB, daß der Verkäufer verpflichtet sei, dem Käufer das Eigentum zu verschaffen — worunter im Sinne der Leistungspflicht des Verkäufers nur gemeint sein könne, daß dieser das außer der Annahme seitens des Käufers zur Eigentumsverschaffung Erforderliche zu tun habe — nicht geschlossen werden könne, daß die Verschaffungspflicht nur eine Gewährleistungspflicht sei [52]). Er lehnt die Ansicht Schloßmanns jedoch nicht schlechthin ab, sondern hält nur zutreffend, ebenso wie Oertmann [53]), die Folgerungen, die sich aus ihr

---

48) Bley in Judicium Sp. 207, Rühl in ZZP Bd. 56 S. 166.
49) Schloßmann in Iherings Jahrb. Bd. 45 S. 103.
50) Schloßmann in Iherings Jahrb. Bd. 45 S. 109 ff.
51) Schloßmann in Iherings Jahrb. Bd. 45 S. 103.
52) Siber bei Planck II 1 Einl. S. 22.
53) Oertmann in ZHR Bd. 93 S. 377 ff. sowie Kommentar § 433 Anm. 2 a β.

ergeben, für zu weitgehend [54]). Daß eine Verbindlichkeit auf Herstellung des Rechtserfolges nicht bestehen können soll und die Rechtsverschaffungspflicht in eine Gewährleistungspflicht umzudeuten sei, weil auf Herstellung des Rechtserfolges nicht geklagt werden könne, kann nicht anerkannt werden. Oertmann widerlegt die Ansicht Schloßmanns sehr zutreffend durch folgende Erwägung:

§ 440 BGB läßt bei beweglichen Sachen die Gewährleistungspflicht auf Schadensersatz nur unter den besonderen Voraussetzungen des Absatz II eintreten. Der Käufer kann also wegen des nichtverschafften Eigentums keinerlei Gewährleistung auf Schadensersatz verlangen. Dagegen sollen bei Nichterfüllung der in §§ 433 ff. BGB dem Verkäufer auferlegten Pflichten sich die Rechte des Käufers nach den §§ 320 ff. BGB bestimmen. Bei den in §§ 433 ff. festgelegten Pflichten steht aber mit an erster Stelle die Pflicht des Verkäufers aus § 433 Abs. I Satz 1, dem Käufer das Eigentum zu verschaffen. Ihre Nichterfüllung muß also auch nach den §§ 320 ff. beurteilt werden. Also kann sich der Käufer der Einrede des nichterfüllten Vertrages bedienen, einer Einrede, die mit einer Gewährleistungspflicht nicht das Geringste zu tun hat. Die Folgen einer Nichtverschaffung des Eigentums treten demnach ohne Rücksicht auf die Beschränkungen der Gewährleistungspflicht ein, also sind beide Pflichten auf keinen Fall miteinander identisch. Wenn aber der Käufer wegen nichtverschafften Eigentums die Einrede aus § 320 BGB erheben kann, so ergibt sich daraus, daß er das Recht auf diese Verschaffung auch klageweise verfolgen können muß, allerdings nun nicht im Sinne einer Forderung auf Rechtsverschaffung, sondern auf Vornahme der dem Käufer obliegenden Verschaffungshandlungen [55]).

Hieraus folgert Schloßmann unzutreffend, daß auch die geschuldete Leistung nur allein in Leistungshandlungen und nicht in Herstellung des Leistungserfolges bestehen könne. Er übersieht eben dabei, daß zwischen dem, worauf das Schuldverhältnis gerichtet ist, und dem, was der Schuldner dabei zur Erfolgsherstellung und damit zur Erfüllung zu tun hat, ein großer Unterschied bestehen kann,

Nach Ansicht Schloßmanns stehen dem Käufer, wenn es am Eigentum des Verkäufers gefehlt hat und der Käufer nicht gutgläubig oder der Kaufgegenstand seinem Eigentümer gestohlen oder abhanden gekommen war, nur die Gewährschafts- und nicht die Verschaffungsansprüche zu Gebote. Das ergibt sich aus seiner ausschließlichen Klagezulassung auf körperliches Verhalten des Verkäufers und nicht auch auf „rechtswirksames" Verhalten [56]). Der Verkäufer kann aber nicht nur auf Leistungshandlungen überhaupt, sondern auch auf rechtswirksame Leistungshandlungen in Anspruch genommen und verklagt werden. Mit der Übereignung einer gestohlenen Sache erfüllt er seine Verschaffungspflicht eben nicht, und er kann auf Herbeiführung des noch ausstehenden Wirksamkeits-

54) Siber in Rechtszwang S. 164 ff.
55) Oertmann in JHR Bd. 45 S. 378.
56) Vgl. Oertmann in JHR Bd. 45 S. 379 und Schloßmann in Iherings Jahrb. Bd. 45 S. 105, 110, 112, 114, 118.

erforderniſſes, wie z. B. Genehmigung des Berechtigten, ſo lange in Anſpruch genommen werden, wie eine ſolche Herbeiführung noch möglich iſt. Erſt wenn dieſe Möglichkeit nicht mehr beſteht, verwandelt ſich die Verſchaffungspflicht in die nach § 440 Abſ. II BGB eingeengte Gewährleiſtungspflicht.

Siber weiſt darauf hin, daß die Fälle, in denen der Käufer nicht gutgläubig iſt, oder der Kaufgegenſtand ſeinem Eigentümer geſtohlen oder abhanden gekommen war, nur Ausnahmen ſeien, und der Verkäufer in aller Regel zur Rechtsverſchaffung fähig ſei, auch wenn er eine fremde, aber in ſeinem Beſitz befindliche Sache verkauft hat[57]. Im übrigen iſt auch er der Anſicht, daß der Verkäufer auch dann nicht zur Rechtsvrſchaffung unfähig ſei, wenn zwar wegen mangelnder Veräußerungsbefugnis die im Regelfalle zur Rechtsverſchaffung ausreichenden Handlungen (Beſitzübertragung und Einigung uſw.) ausnahmsweiſe nicht zum Ziele führen, aber der dritte Eigentümer zur Hergabe der Sache bereit ſei. Nach den Worten des § 433. 1 ſei der Verkäufer in ſolchen Fällen nicht unvermögend zur Leiſtung, ſondern noch zur Verſchaffung und nicht zur Gewährleiſtung verpflichtet[58].

Alle dieſe Erörterungen müſſen dazu führen, die Anſicht Schloßmanns abzulehnen. Das iſt auch die herrſchende Meinung[59]. Auch Schloßmanns Lehre kann alſo nicht von der Identität der Erfüllung mit der bloßen Erbringung der Leiſtungshandlungen überzeugen.

c) Die Anſicht, daß der Verkäufer beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt nur zur bedingten Eigentumsübertragung verpflichtet ſei.

Auf der gleichen Ebene liegen die Anſichten, die eine Erfüllung deshalb als vorliegend anſehen, weil der Verkäufer nach dem beſonderen Inhalt des Kaufs mit Eigentumsvorbehalt nur zur bedingten Eigentumsübertragung verpflichtet ſei[60]. Mit dem Geſetz ſelbſt iſt dieſe Auffaſſung nicht zu belegen. In § 455 BGB iſt nur beſtimmt, daß die Übertragung des Eigentums im Zweifel aufſchiebend bedingt ſei, nicht aber, daß der Verkäufer nur eine bedingte Übereignung vorzunehmen habe. Das ergibt ſich auch aus dem Sicherungszweck des Eigentumsvorbehalts. Der Käufer wird ſich letzten Endes niemals mit der alleinigen Übertragung des bedingten Eigentums zufrieden geben, denn nicht darauf kommt es ihm an, ſondern auf das unbedingte Eigentum[61]. Der obligatoriſche Vertrag wird von den Parteien als gewöhnlicher Kauf empfunden und gewollt.

---

57) Siber Rechtszwang S. 165.

58) Siber Rechtszwang S. 165/166. Auch in ſeinen Ausführungen über die urſprüngliche Unmöglichkeit in „Schuld und Haftung", Iherings Jahrb. Bd. 50, S. 235, 236 tritt dieſe Auffaſſung klar in Erſcheinung.

59) Vgl. Staudinger § 433 VIII A 2 b $_{\beta}$, Planck § 433 6 a ββ.

60) So Auerbach S. 69, Düringer-Hachenburg III Anm. 107 vor § 373, anders aber II Anm. 135 d vor § 368 und bezügl. des § 17 KO III Anm. 263 vor § 373, Emmerich S. 51 Anm. 160, Flatau S. 40, Kreß K. 414.

61) RG Bd. 133 S. 42.

Die Bedeutung des Eigentumsvorbehalts darf in dieser Richtung nicht überschätzt werden, er dient nur zur Sicherung des Verkäufers, das Ziel des Vertrages ist auch hier ganz genau das gleiche wie bei einem gewöhnlichen Kaufvertrage, nämlich die Erlangung des unbedingten Eigentums [62]). Auf den Eigentumsvorbehalt läßt sich der Käufer nur zu Sicherungszwecken so lange ein, bis er eben den vollen Kaufpreis bezahlt hat. Das ergibt sich aus der Rechtsnatur des Eigentumsvorbehalts, der eine große Ähnlichkeit in Bezug auf den Rechtszweck mit dem Pfandrecht hat, wie noch an anderer Stelle [63]) ausführlich dargelegt werden wird. Außerdem führt die hier bekämpfte Ansicht zu der Rechtsfolge, daß der Eigentumserwerb des Käufers, der ohne weiteres mit der Vollzahlung des Preises eintritt, ohne rechtlichen Grund sein würde, weil er durch den Kaufvertrag, der dann ja nur bis zur bedingten Übereignung reichen würde, nicht mehr gedeckt wäre [64]).

d) Untersuchung eines besonders gelagerten Einzelfalles.

Es wäre hierzu nur noch ein besonders gelagerter Einzelfall hervorzuheben, bei dem man gesondert prüfen muß, ob trotz des Eigentumsvorbehalts doch eine vollständige Erfüllung der Verkäuferpflichten angenommen werden kann. Das ist der Fall, daß der Verkäufer dem Käufer gestattet hat, die Sachen an einen Dritten weiterzuverkaufen, der dann gemäß § 185 BGB Eigentümer werden würde. Es ist von Samolewitz [65]) die Ansicht vertreten worden, daß diese Verfügungsermächtigung als Erfüllung anzusehen sei, da es im Rahmen des Kaufvertrages genüge, wenn dem Käufer gestattet wird, über den Gegenstand wie ein Eigentümer zu verfügen. Dieser Auffassung ist auch Merkel [66]), der sich über die Klippe, daß der Verkäufer doch stets zur Eigentumsverschaffung verpflichtet bleibt, damit hinwegsetzt, daß auch er wie Lubowski einen Unterschied zwischen Eigentumsverschaffung und Eigentumsübertragung machen will, eine Konstruktion, die bereits bei der Besprechung der Ansicht Lubowskis [67]) abgelehnt worden ist. Auch Auerbachs Behauptung, daß beim Eigentumsvorbehalt an zur Weiterveräußerung bestimmten Waren die Verpflichtung des Verkäufers, Eigentum zu verschaffen, durch Parteivereinbarung ausgeschlossen sei, der Verkäufer daher mit der Besitzübertragung erfüllt habe [68]), betrifft diesen Sonderfall.

Dieser Auffassung wird von Müllereisert [69]) mit Recht entgegengetreten mit dem Hinweis darauf, daß man mit einer solchen Vertrags-

---

62) Vgl. Brecht in Iherings Jahrb. Bd. 61 S. 297, Rühl Eigentumsvorbehalt S. 193.
63) S. 27 ff.
64) Bley Sp. 206, Emmerich S. 51 Anm. 160.
65) Samolewitz in JW 1931 S. 2160.
66) Merkel in JW 1931 S. 2088 f.
67) Vgl. S. 12 ff.
68) Auerbach S. 69.
69) Müllereisert in JW 1933 S. 1235.

auslegung einer Auflösung des Vertragsrechts Vorschub leisten würde. Eine so weitgehende Auslegung wird § 455 BGB keinesfalls erfahren dürfen. Die Tatsache, daß die obligatorisch geschuldete Eigentumsverschaffung also die „dingliche Seite" des Rechtsgeschäfts, unmöglich geworden ist, wenn der Käufer die Waren weiterveräußert hat, kann nicht zu der Annahme führen, daß nun die ursprüngliche obligatorische Verpflichtung des Verkäufers als von ihm erfüllt anzusehen ist. Die Verpflichtung gemäß § 433 BGB, dem Käufer das Eigentum zu verschaffen, besteht nach wie vor. Außerdem trifft auch hier der Grund Emmerichs und Bleys [70]) zu, daß der Eigentumserwerb des Käufers, der ohne weiteres mit der Vollzahlung des Kaufpreises eintritt, sofern der Käufer in diesem Zeitpunkt über die Waren noch nicht weiter verfügt hat, ohne Rechtsgrund sein würde, weil er durch den Kaufvertrag nicht mehr gedeckt wäre. Und es soll doch wohl nicht bestritten werden, daß es auch Fälle gibt, in denen der Käufer die Waren nicht weiter veräußert, sie also selbst zu Eigentum behalten will, und daß diese Fälle auch von vornherein bei dem Kaufvertrag insofern berücksichtigt gewesen sind, als für diese Fälle die Parteien selbstverständlich von Anfang an die Absicht hatten, das Eigentum auf den Käufer zu übertragen.

Der Verkäufer hat also auch in diesem Sonderfall den Vertrag noch nicht vollständig erfüllt.

3. Abschnitt.

Die Lehre von der Unterscheidung in wirtschaftliches und formelles Eigentum.

In diesen Zusammenhang gehören auch die Bestrebungen Ebertsheims, die Erfüllung der Verpflichtungen des Verkäufers beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt durch eine Unterscheidung in wirtschaftliches und formelles Eigentum zu beweisen [71]). Der Vorbehaltsverkäufer hat nach Ebertsheim das „wirtschaftliche Eigentum" auf den Käufer übertragen, während ihm nur das „formelle Eigentum" verblieben ist. Die Übertragung dieses sogenannten wirtschaftlichen Eigentums soll für die Erfüllung der Verpflichtungen des Verkäufers aus dem Kaufvertrage ausreichend sein. Ebertsheim begründet seine Auffassung damit, daß sich die Vertragsparteien beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt darüber klar seien, daß der Verkäufer trotz des Eigentumsvorbehalts mit der Lieferung der Ware alles getan habe, um seinen Verpflichtungen aus dem Kaufvertrage nachzukommen. Der Verkäufer habe danach — wirtschaftlich gesehen — bereits erfüllt und sich lediglich eine Sicherung an der verkauften Ware vorbehalten. Es bestehe somit zwar ein formelles Eigentum, nicht aber ein materiells Eigentum des Verkäufers an der unter Eigentumsvorbehalt gelieferten Ware. Daher habe der Verkäufer zwar formell noch

70) Emmerich S. 51 Anm. 160, Bley Sp. 206.
71) Ebertsheim in JW 1930 S. 3705.

nicht vollständig erfüllt, weil die Verpflichtung zur Eigentumsübertragung noch bestehe, tatsächlich habe er aber alles getan, was zur Erfüllung seiner Verpflichtungen aus dem Kaufvertrage erforderlich sei.

Dieser Folgerung Ebertsheims kann nicht beigetreten werden. Mit dem Satze, daß „der Verkäufer formell noch nicht vollständig erfüllt habe, weil die Verpflichtung zur Eigentumsübertragung noch bestehe", richtet er seine Ansicht selbst, denn das ist ja gerade der Punkt, auf den es hier ankommt. Erfüllung liegt eben gerade noch nicht vor, schon aus dem in die Augen springenden Grund, daß, wenn die Übertragung des formellen Eigentums immer noch aussteht, das Ziel des Vertrages auch mit der Übertragung des sogenannten wirtschaftlichen Eigentums, wenn man die Möglichkeit der Unterscheidung in wirschaftliches und formelles Eigentum grundsätzlich bejahen wollte, noch nicht erreicht ist [72]).

Ebertsheim zieht mit seiner Ansicht eine Parallele zwischen dem Eigentumsvorbehalt und der Sicherungsübereignung, indem er darauf hinweist, daß die Unterscheidung in formelles und wirtschaftliches Eigentum nicht neu ist, da auch das Reichsgericht eine solche Teilung für das Gebiet der Sicherungsübereignung in mehreren Entscheidungen anerkannt hat [73]).

Diese Gedankenverbindung Ebertsheims zwischen Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung ist, obgleich die Folgerungen, die er daraus gezogen hat, in diesem Punkte nicht zu einem Erfolg führen können, richtungweisend für die zutreffende Lösung des Problems, da die Anwendung der für die Sicherungsübereignung herausgearbeiteten Grundsätze auf den Eigentumsvorbehalt den Weg dazu weisen wird.

4. Abschnitt.

Die Lösungsversuche Bleys, Wittes und Fränkels.

Außer den bisher besprochenen Versuchen, den § 17 KO im vorliegenden Falle nicht anzuwenden, gibt es nun eine Reihe von anderen Lösungen, die zwar davon ausgehen, daß eine Erfüllung im Sinne des § 17 KO mit bedingter Eigentumsübertragung und Übergabe noch nicht vorliegt, aber auf anderen Wegen zu einer Ausschaltung des § 17 gelangen wollen.

An erster Stelle steht hier der Versuch Bleys [74]), dem Konkursverwalter das Ablehnungsrecht zu verwehren mit der Begründung, der Käufer habe ein so starkes Antwartschaftsrecht auf den Eigentumserwerb, daß dem gegenüber die Wahlbefugnis des Konkursverwalters entfallen müsse. Nach § 161 Abs. 1 Satz 2 BGB dringt nach Bley das Anwartschaftrecht auch im Konkurse durch, der Verwalter darf es nicht durch

---

72) So auch Lehmann S. 354.

73) Vgl. RG Bd. 24 S. 45, Bd. 89 S. 195, Bd. 91 S. 14/15 und S. 279/280, Bd. 118 S. 209, Warn. 1910 Nr. 38.

74) Bley in Judicium Sp. 209/210.

weitere Verfügungen vereiteln, insbesondere also auch nicht durch die Erfüllungsablehnung, die nach Ansicht Bleys eine solche weitere, nach § 161 BGB also unzulässige, Zwischenverfügung darstellt.

Gegen diese Lösung spricht vor allem, daß durch die von Bley vorgeschlagene Analogie das dem Konkursverwalter durch § 17 KO ausdrücklich verliehene Recht zur Erfüllungsablehnung der „weiteren Verfügung", die § 161 Absatz 1 BGB unterbinden will, ohne weiteres gleichgesetzt und daher durch die Anwartschaft ausgeschlossen würde. Wenn auch das BGB jüngeren Datums ist als die KO, so hat trotzdem § 17 KO als lex specialis zu gelten und geht deshalb dem § 161 Abs. 1 BGB vor.

Einen interessanten Versuch unternimmt Witte [75]), der leider an festgefügten Grundsätzen des geltenden Rechts scheitern muß.

Witte geht von der richtigen Grundlage aus, daß dem Käufer ein Anwartschaftsrecht auf den Eigentumserwerb zusteht. Dieses Erwerbsrecht soll sich nun mit der Zahlung der Raten allmählich teilweise und schließlich mit Eintritt der Bedingung voll in ein Herrschaftsrecht verwandeln. Während nun nach allgemeiner Lehre und Rechtsprechung das diesem Anwartschaftsrecht gegenüberstehende Volleigentum bis zur Zahlung der letzten Kaufpreisrate bestehen bleibt, soll sich nach Wittes Ansicht das Volleigenum schon vor Eintritt der Bedingung nicht nur quantitativ sondern auch qualitativ zu Gunsten des Anwartschaftsrechts vermindern. Mit Zahlung der ersten Rate verwandelt sich nach Witte das Volleigentum in Miteigentum, und jede weitere Rate erhöht nicht nur quantitativ sondern qualitativ den Anteil des Käufers, nunmehrigen Miteigentümers. Witte stellt sich den Vorgang so vor, daß jede gezahlte Rate das Eigentum des Verkäufers zu einem bestimmten Teil „abbröckeln" läßt. Demgemäß würde der Verkäufer schon nach Zahlung einer Rate vom Käufer mehr beanspruchen, als ihm zusteht, wenn er die Sache wieder herausverlangt. Im vorliegenden Fall, in dem der Käufer ja nur noch einen kleinen Rest zu zahlen hat, würde der Verkäufer viel zu viel fordern, denn nach der Witte'schen Theorie hat er an dem Gegenstand so gut wie gar kein Eigentum mehr. Trotzdem ist das Ergebnis, zu dem Witte gelangen will „die von der erfolgten Rückzahlung der Raten abhängige, den Anspruch wegen Abnutzung selbstverständlich berücksichtigende Eigentumsherausgabeklage des Verkäufers" [76]).

Der oben dargelegte Ausgangspunkt Wittes kann aber nicht zu diesem Ergebnis führen, denn diese Theorie würde den bewährten Eigentumsbegriff des geltenden Rechts verändern. Deshalb ist Wittes Ansicht nicht nur de lege lata sondern auch de lege ferenda nicht wünschenswert. Eigentum, das gewissermaßen von einer auf die andere Person hinübergleitet, ist dem BGB unbekannt. Eine Miteigentümerschaft, wie Witte sie sich denkt, ist nach geltendem Recht nur zwischen Personen denkbar, deren rechtliche Stellung in Ansehung des Eigentums auf gleicher Grundlage beruht. Dem Vorschlag Wittes zufolge würde es sich bei dem Mit-

---

75) Witte in JW 1934 S 1142 ff.
76) Witte in JW 1934 S. 1143.

eigentum zwischen Verkäufer und Käufer „um eine Gemeinschaft handeln, bei der die beiderseitige Berechtigung nicht nur quantitativ — was ja möglich wäre — sondern qualitativ gleitend und zeitlich bedingt in diese geradezu skalenmäßige Anteilssteigerung zerlegt wäre“ [77]).

Wittes Versuch ist daher mit dem geltenden Recht unvereinbar und muß deshalb Ablehnung erfahren.

Fränkel, der der Ansicht ist, daß der Konkursverwalter durch die Erfüllungsablehnung den Käufer nicht daran hindern kann, durch Vollzahlung des Kaufpreises das Eigentum zu erwerben, hält die abstrakte Natur der Übereignung für die Grundlage, auf der das Anwartschaftsrecht des Käufers trotz der Erfüllungsablehnung des Konkursverwalters zum vollen Herrschaftsrecht erstarken könne [78]). Er übersieht aber dabei, daß das Anwartschaftsrecht durch die Erfüllungsablehnung des Konkursverwalters unbedingt erlöschen muß [79]). Bley widerlegt die Ansicht Fränkels sehr zutreffend, indem er darauf hinweist, daß nach der Erfüllungsablehnung des Konkursverwalters das, was der Käufer dann noch leistet, garnicht mehr Tilgung der Kaufpreisschuld sein kann, denn eine solche besteht ja nach der Ablehnungserklärung garnicht mehr. Der Käufer würde eine Nichtschuld zahlen und könnte jetzt wegen des endgültigen Ausfalls der Bedingung, die vertragliche Voraussetzung für seinen Erwerb war, überhaupt kein Eigentum mehr erwerben [80]). Auch der Versuch Fränkels kann also nicht zum Ziele führen.

III. Teil.

Das Gesetz gibt keine Lösungsmöglichkeit.

Bevor auf die Lösungsversuche eingegangen werden soll, die bereits gedankliche Ansätze zu einer Entwicklung zeigen, die, in richtige Bahnen gelenkt, zu einem rechtspolitisch und rechtsdogmatisch befriedigenden Ergebnis führen, ist noch zu untersuchen, ob nicht das Gesetz selbst Möglichkeiten gibt, die den Käufer in die Lage versetzen, sich gegen das unbillige Vorgehen des Konkursverwalters zu schützen.

Da die Konkursmasse durch die Handlungsweise des Konkursverwalters unzweifelhaft eine Bereicherung erfährt, die der Gemeinschuldner ohne den Konkurs nicht erfahren haben würde, so liegt es nahe, an einen Anspruch des Käufers aus ungerechtfertigter Bereicherung wegen der bereits gezahlten Raten zu denken, denn die Konkursmasse erhält ja außer den bereits gezahlten Raten auch den Kaufgegenstand selbst zurück, ist also in Höhe dieser Raten, abzüglich des Betrages für die normale Abnutzung der Kaufsache, bereichert. Es würde dem natürlichen Rechtsempfinden entsprechen, wenn der Käufer den Überschuß aus der Konkursmasse herausverlangen könnte.

77) So Müller in JW 1934 S. 1543.
78) Fränkel in WuR 5 (1930) Sp. 317 ff.
79) So auch Bley Sp. 208 und Rühl in ZZP Bd. 56 S. 164 Anm. 25 a.
80) Vgl. Bley Sp. 208/209.

Diesen Gedanken hatte wohl auch Bendix [81]), wenn er über den seiner Ansicht nach vorliegenden Bereicherungsanspruch des Käufers folgendes ausführt:

„Dem Käufer steht ein Bereicherungsanspruch zu, soweit der Wert der herauszugebenden Kaufsache den Kaufgeldrest übersteigt. Der Eigentumsvorbehalt dient der größtmöglichen Sicherung des Verkäufers für den Fall, daß der Käufer seiner Zahlungspflicht nicht oder nicht pünktlich genügt, er bezweckt aber nicht, der Konkusmasse des Verkäufers auf Kosten des vertragstreuen Käufers einen darüber hinausgehenden Vorteil zuzuwenden. Dieser Anspruch ist eine Masseschuld, da er erst nach der Konkurseröffnung auf Grund der Erfüllungsablehnung seitens des Konkursverwalters entstanden ist, und deshalb aus der Konkursmasse vorweg zu berichtigen" [82]).

Die einzige Grundlage der Bendix'schen Lösung ist wohl das richtige Rechtsgefühl, daß dem Käufer nach Möglichkeit ein Bereicherungsanspruch zugestanden werden muß, da ein solcher das im Augenblick bestehende Mißverhältnis der Rechtslage am einfachsten ausgleichen würde; eine Begründung für das Vorliegen eines Bereicherungsanspruches sind die Ausführungen von Bendix aber nicht. Wenn der Fall rechtlich so einfach gelagert wäre, wie Bendix ihn ansieht, dann wäre das ganze Problem nicht vorhanden. Worin erblickt Bendix denn die Bereicherung? Was ist das „etwas", das der Verkäufer ohne rechtlichen Grund erlangt hat? Das geht aus den Ausführungen von Bendix nicht hervor, aber gerade das ist von der größten Wichtigkeit für die Begründung des Bereicherungsanspruches. Erblickt Bendix die Bereicherung des Verkäufers in dem Zurückempfang des Kaufgegenstandes? Das hätte von ihm eingehend erläutert werden müssen, denn um das Eigentum an dem Kaufgegenstand ist die Konkursmasse sicherlich nicht bereichert, denn das Eigentum war ja von vornherein bei der Masse verblieben, da es vorbehalten worden war. Es ist also keinesfalls im Sinne des § 812 BGB von dem Konkursverwalter erlangt. Es könnte höchstens der Besitz als das „etwas" in Frage kommen. Aber auch der Besitz ist nicht ohne rechtlichen Grund erlangt, denn nach der Ablehnungserklärung ist der Konkursverwalter berechtigt, da die beiderseitigen Erfüllungsansprüche erlöschen, auf Grund des Eigentums auch den Besitz der Kaufsache wieder an sich zu ziehen. Die Verschiebung des Besitzes erfolgt also nicht ohne rechtlichen Grund. Was den Kaufgegenstand selbst anbelangt, kann also eine ungerechtfertigte Bereicherung nicht in Frage kommen. Als Bereicherungsobjekt sind also höchstens die bereits gezahlten Raten in Betracht zu ziehen. Hier ist nun mit der Begründung von Bendix keineswegs auszukommen. Sein Ergebnis bedürfte vielmehr wie sich aus den folgenden Ausführungen ergeben wird, einer sehr ausführlichen Stützung.

Das Vorliegen eines Anspruchs des Käufers aus ungerechtfertigter Bereicherung bezüglich der bereits gezahlten Raten unterliegt erheblichen

---

81) Bendix in JW 1930 S. 1362.

82) Im Anschluß an Bendix auch Jacusiel S. 106, ebenfalls ohne Begründung.

rechtlichen Bedenken, weil nach herrschender Auffassung durch die Ablehnungserklärung des Konkursverwalters lediglich die **weiteren** Erfüllungsansprüche der Vertragsparteien erlöschen und der Inhalt des Kaufvertrages von diesem Augenblick an mit Wirkung ex nunc dahin geändert wird, daß er sich in eine Schadensersatzforderung des Käufers umwandelt[83]. Auf die Streitfrage, worin der Schadensersatzanspruch seine Grundlage hat, braucht in diesem Zusammenhang nicht eingegangen zu werden. Danach hätte der Verkäufer vor der Erfüllungsablehnung die Raten nicht ohne rechtlichen Grund erhalten, denn der rechtliche Grund wäre der Kaufvertrag, der in seiner Wirksamkeit bis zur Ablehnungserklärung auch durch die Wahlrechtsausübung nicht beeinträchtigt wird.

Auf den ersten Blick scheint dieses Ergebnis richtig zu sein, denn wenn es zuträfe, daß sich die Umwandlung des Vertragsinhalts mit Wirkung ex nunc vollzieht, dann hätte der Verkäufer sicherlich bis zum Augenblick der Ablehnungserklärung auf Grund des Kaufvertrages geleistet. Es ist aber doch sehr fraglich, ob das der Fall ist. Man könnte vielmehr auf den Gedanken kommen, daß dieses Ergebnis auf einer nicht ganz richtigen Auffassung von dem Wesen einer solchen Vertragsinhaltsumwandlung beruht. Es bedarf deshalb eines kurzen Eingehens darauf.

Die Annahme der ex nunc-Wirkung wird der ausgeprägten Natur der „Ablehnungserklärung mit Umwandlungserfolg" nicht gerecht. Es soll nun nicht behauptet werden, daß die Erfüllungsablehnung vollständig dem Rücktritt gleichzusetzen wäre, eine Ansicht, die naheliegt und die auch vertreten worden ist[84], denn hiergegen sprechen mehrere wichtige Gründe: einmal verleiht § 20 KO ausdrücklich ein Rücktrittsrecht, während § 17 KO eine solche Bestimmung, wie sie beispielsweise auch § 36 Abs. III des Verlagsgesetzes von 1907 enthält, nicht trifft. Zweitens steht der Wortlaut des § 26 KO, der von möglichen Schadensersatzansprüchen spricht, der Annahme einer völligen Rücktrittswirkung der Ablehnungserklärung entgegen, denn eine Schadensersatzforderung, wie sie § 26 KO im Auge hat, setzt ein noch bestehendes Vertragsverhältnis voraus. Bei Annahme eines Rücktrittsrechts in § 17 KO, welches das Vertragsverhältnis ex tunc auflöst, würde die in § 26 KO erwähnte Schadensersatzforderung unerklärlich sein. Es könnte höchstens § 5 des Gesetzes betr. Abzahlungsgeschäfte zur Stützung der Annahme eines Rücktrittsrechtes herangezogen werden, wonach die Zurücknahme einer Sache durch den Vorbehaltsverkäufer als Ausübung des Rücktrittsrechts gilt, aber § 17 KO muß dieser Vorschrift gegenüber als lex specialis angesehen werden. Es wäre auch merkwürdig, wenn das Gesetz hier ausnahmsweise den

---

83) Brachmann S. 38, Jäger § 17 Anm. 43, Mentzel § 17 Anm. 5, Petersen-Kleinfeller § 17 KO Anm. 11, Sarwey-Bossert § 17 Anm. 6, Wilmowski-Kurlbaum § 17 Anm. 6, RG Bd. 22 S. 111, Bd. 58 S. 11, Bd. 63 S. 69, Bd. 64 S. 207, Bd. 79 S. 211, Bd. 86 S. 250. Das Reichsgericht drückt diese Auffassung in Bd. 56 S. 240 folgendermaßen aus: „Durch die Konkurseröffnung in Verbindung mit der Erfüllungsverweigerungserklärung des Verwalters wird der Vertrag nach feststehender Lehre und Rechtsprechung nicht aufgehoben. Vielmehr hat sie nur die Wirkung, daß die weitere Erfüllung unterbleibt."

84) Brachmann S. 26.

vertragsuntreuen Teil, als den man den Konkursverwalter hier ansehen muß, mit dem Rücktrittsrecht ausstatten würde, während unser Recht sonst nur dem vertragstreuen Teil diesen Rechtsbehelf zur Wahrung seiner Rechte gibt[85]). An dem Weiterbestehen der Vertragsgrundlage soll deshalb nicht gerüttelt werden.

Wenn die Ablehnungserklärung auch nicht dem Rücktritt des BGB völlig gleichgesetzt werden kann, so darf doch nicht übersehen werden, daß sie in ihrer sonstigen Wirkung, abgesehen davon, daß sie den Vertrag nicht zur völligen Auflösung bringt, mit dem Rücktritt große Ähnlichkeit hat, denn auch sie fegt den ursprünglichen Inhalt des Schuldverhältnisses hinweg. Es liegt in der Natur einer solchen Umwandlung, daß sie genau wie der Rücktritt das Bisherige in Fortfall kommen läßt, nur daß der Vertrag als Vertrag bestehen bleibt, sich lediglich von Anfang an in seinem Inhalt ändert. In dem Augenblick, in dem sich die Umwandlung vollzogen hat, ist von dem ursprünglichen Inhalt des Schuldverhältnisses nichts mehr da, es kann auch nicht mehr darauf zurückgegriffen werden. Was liegt näher als der Gedanke, daß sich diese Umwandlung mit Wirkung ex tunc vollzieht? Die Umwandlung hat Wirkung von Anfang an. Der Vertrag ändert sich rückwirkend in seinem Inhalt, sodaß nach der Ablehnungserklärung des Konkursverwalters sich die Rechtslage so darstellt, daß die ursprünglichen Verpflichtungen aus dem Kaufvertrage vollständig weggefallen sind. Der Inhalt eines Vertrages k a n n sich überhaupt nur mit Wirkung ex tunc ändern, denn wenn sich der ganze Inhalt des Vertrages umwandelt, dann ist von dem, was vorher war, eben nichts mehr vorhanden. Es kann deshalb nur richtig sein, der Ablehnungserklärung des Konkursverwalters insofern Rücktrittswirkungen beizumessen. Sie schafft den Rechtszustand, daß ein Rechtsgrund für die Leistung des Käufers von Anfang an nicht vorhanden war. Es wären demnach die Zahlungen des Käufers jetzt als ohne rechtlichen Grund erfolgt anzusehen.

Einen ähnlichen Gedanken hat auch Jaeger für den umgekehrten Fall, daß der Vertragsgegner des Gemeinschaftsschuldners der Bereicherte ist, indem er sagt:

„Der jetzige Inhalt des verwandelten Vertragsschuldverhältnisses rechtfertigt den Verbleib des Wertüberschusses im Vermögen der Gegenpartei nicht mehr“[86]).

Durch diese Hervorkehrung des wahren Wesens der Umwandlung gelangt man dazu, die grundlegende Voraussetzung für den Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung nachzuweisen. Da diese Grundlage für die Geltendmachung des Bereicherungsanspruches bisher gefehlt hat, so könnte man auf den Gedanken kommen, daß hierauf aufbauend doch vielleicht die Begründung eines Bereicherungsanspruches möglich wäre.

Das Ziel wäre hier, dem Käufer auf Grund des Bereicherungsanspruches eine Forderung als Massegläubiger gemäß § 59 Ziffer 3 KO

---

85) Vgl. Jaeger § 17 Anm. 44, Petersen-Kleinfeller § 17 Anm. 11, Wilmowski-Kurlbaum § 17 Anm. 6, Sarwey-Bossert § 17 KO Anm. 6, Wolff, § 17 KO Anm. 12, — RG Bd. 49 S. 192.

86) Jaeger § 17 Anm. 46.

zuzubilligen. Das ist nur dann möglich, wenn die ungerechtfertigte Bereicherung nach Konkurseröffnung eingetreten ist[87]). Das ergibt sich schon aus dem Wortlaut des § 59 Ziff. 3 KO, der von einer Bereicherung der „Masse" spricht. Und das ist nun wieder ein Umstand, an dem die Begründung des Bereicherungsanspruches scheitern muß.

Zwar wird die Leistung der Raten, die vor der Konkurseröffnung noch eine „gerechtfertigte" war, erst nach der Konkurseröffnung zu einer „ungerechtfertigten", denn erst im Augenblick der Ablehnungserklärung des Verwalters wandelt sich der Vertragsinhalt rückwirkend um, und erst jetzt stellt sich die Leistung als eine grundlose dar. Insofern ist also die Bereicherung erst nach der Konkurseröffnung zu einer ungerechtfertigten geworden. Das genügt aber für § 59 Ziff. 3 KO nicht. Entscheidend ist der Augenblick, in dem die Leistung tatsächlich in das Vermögen des Bereicherten geflossen ist, das ist aber hier unzweifelhaft schon vor Konkurseröffnung geschehen. Daß sich diese vorkonkursliche Leistung erst nach Konkurseröffnung in eine „ungerechtfertigte" umwandelt, kann an dieser Tatsache nichts ändern. Keinesfalls läßt sich irgendwie begründen, daß die bereits gezahlten Raten erst nach Konkurseröffnung in die Konkursmasse geflossen seien.

Auch auf diese Weise läßt sich also ein Ausgleich nicht erreichen. Bendix hat die Schwierigkeiten der Begründung seiner Behauptung offenbar garnicht erkannt.

Es wäre weiterhin zu erwägen, ob dem Käufer trotz der Ablehnungserklärung des Konkursverwalters die Einrede aus § 986 BGB wegen eines Rechtes zum Besitz gegen die Herausgabeklage des Konkursverwalters zusteht. Diese Ansicht wird in der Tat von Dernburg und Wolff vertreten[88]). Beide übersehen aber dabei, daß sich die Rechtslage durch die Erklärung des Konkursverwalters„ nicht erfüllen zu wollen, vollständig gändert hat, denn wenn mit der Ausübung des Wahlrechts durch die Umwandlung der Erfüllungsanspruch des Käufers erlischt, so ist damit gleichermaßen sein Recht zum Besitz vernichtet. Die Einrede aus § 986 BGB steht ihm dann nicht mehr zu.

Es bliebe jetzt noch zu untersuchen, ob der Käufer mit einem kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht durchdringen könnte, das ihm im Konkurs gemäß § 49 Ziff. 4 KO ein Recht auf abgesonderte Befriedigung gewähren würde[89]). Diese Frage ist, vorausgesetzt, daß alle anderen Erfordernisse eines kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts vorliegen, in zwei Richtungen zu prüfen:

Als Anspruch, wegen dessen zurückbehalten werden soll, kann einmal der Anspruch des Käufers auf Eigentumsübertragung in Frage kommen, zum anderen seine nach der Ablehnungserklärung des Konkursverwalters entstandene Schadensersatzforderung.

---

87) Vgl. Jaeger § 59 Anm. 10, Mentzel § 59 Anm. 3.

88) Dernburg § 90, Wolff, Martin S. 153/9.

89) Das Zurückbehaltungsrecht des BGB hat im Konkurse keinen Bestand und gewährt insbesondere kein Recht auf abgesonderte Befriedigung. Vgl. Jaeger § 49 Anm. 42, Mentzel § 49 Anm. 4, Staub Vorb. vor § 369 Anm. 17 und Anhang zu § 382 Anm. 92.

Gemäß § 15 KO hat ein Zurückbehaltungsrecht im Konkurse nur Wirksamkeit, wenn es bereits vor Konkurseröffnung begründet war, nicht wenn es erst später entsteht. Der Anspruch des Käufers auf Eigentumsübertragung besteht nun zwar bereits vor Konkurseröffnung, er ist aber erfüllungsbedingt, sodaß er insofern ein Zurückbehaltungsrecht nicht rechtfertigen kann [90]). Die Schadensersatzforderung ist zwar unbedingt, sie entsteht aber ohne Zweifel erst mit der Ablehnungserklärung des Konkursverwalters, also nach Konkurseröffnung, sodaß die Geltendmachung des auf ihr beruhenden Zurückbehaltungsrechts durch § 15 KO im Konkurse wirksam verhindert wird, denn das Zurückbehaltungsrecht kann nicht früher entstehen, als der Anspruch, zu dessen Sicherung es dient [91]).

Die Anwendung des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechtes muß also unterbleiben. Sie hätte auch nur eine Hilfe für eine beschränkte Anzahl der praktisch vorkommenden Fälle gebracht, nämlich nur für die, in denen auch die übrigen Voraussetzungen für ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht vorliegen, sodaß auch die Zubilligung des Zurückbehaltungsrechtes eine grundsätzliche Lösung des Problems nicht gebracht haben würde.

Nachdem wir somit zu der Erkenntnis gelangt sind, daß mit den bisherigen Mitteln die Frage nicht gelöst werden kann, ist nunmehr auf die Versuche einzugehen, die zwar von dem richtigen Gefühl für die Behandlung der zu beantwortenden Fragen ausgehen, aber vom richtigen Wege abgekommen sind und deshalb nicht zum Ziele gelangen konnten. Trotzdem führt die Betrachtung dieser Ansichten das Problem seiner Lösung allmählich näher.

IV. Teil.

Wege zur richtigen Lösung des Problems.

Bei der Unbilligkeit der dargelegten Rechtsfolgen der herrschenden Auffassung liegt es nahe, den Versuch zumachen, durch Anwendung der Gedanken von Treu und Glauben in irgend einer Form Hilfe zu bringen. Daß es möglich sein muß, Unebenheiten der Rechtsordnung durch Anwendung der Grundsätze von Treu und Glauben nicht nur für einen Einzelfall, sondern durch allgemeinen Rechtssatz zu ebnen, ist auch für das hier behandelte Problem verschiedentlich erkannt worden. Jedoch ist m. E. bei diesen Lösungsversuchen der richtige Ausgangspunkt nicht gefunden worden, sodaß die Folgerungen, die gezogen wurden, einer einwandfreien Grundlage entbehrten.

Das gilt z. B. für die Ausführungen von Kisch [92]), der aus den oben erwähnten Gedanken heraus den § 320 Abs. II BGB im Konkurs-

---

90) Vgl. Schlotter in LZ 1911 Sp. 49, Staub § 370 Anm. 2.

91) Bendix in JW 1930 S. 1362, Rühl in ZZP Bd. 56 S. 163, Staub § 370 Anm. 21, auch zu § 382 Anm. 92.

92) Kisch in Kr. Vtg. Schr. Bd. 45 S. 60.

verfahren analog anwenden will. Danach soll der Konkursverwalter an den Vertrag gebunden sein, wenn die Leistungsverweigerung nach den Umständen, insbesondere wegen verhältnismäßiger Geringfügigkeit des rückständigen Teils gegen Treu und Glauben verstoßen würde. „Diese Bestimmung beruhe auf Erwägungen allgemeiner Art, welche auch für den Konkurs maßgebend sein müßten, sodaß sie umso eher herangezogen werden könne“ [93a]).

Die Grundlage für die Lösung Kischs ist also einzig und allein die Tatsache, daß die Rechtsfolgen unbillig erscheinen. Schon daraus erhellt, daß eine solche Lösung der Grundsätzlichkeit entbehrt. Sie hilft nur in Einzelfällen, denn sie kann nach dem Inhalt des § 320 Abs. II BGB garnicht zu einer einheitlichen, grundsätzlichen Regelung führen, weil diese Vorschrift selbst bewußt auf den Einzelfall abstellt.

Selbst eine analoge Anwendung des § 320 Abs. II BGB könnte daher kein befriedigendes Ergebnis zeitigen, auch wenn man im übrigen darüber hinwegsehen würde, daß § 17 KO sich als eine dem Konkursrecht eigentümliche Vorschrift darstellt, die ihre Anwendbarkeit ausdrücklich auch für den Fall der nicht vollständigen Erfüllung ohne eine Einschränkung im Sinne des § 320 Abs. II BGB bestimmt, sodaß eine solche Einschränkung auch nicht durch entsprechende Anwendung der außerhalb des Konkurses für gegenseitige Verträge geltenden Vorschriften hineingebracht werden kann [93b]). Insofern ist die Lösung Kischs nicht zureichend und kann deshalb nicht befriedigen.

Ein Lösungsversuch darf sich aber nicht darauf beschränken, allein das unbillige Ergebnis des Sachverhalts zu seinem Ausgangspunkt zu nehmen, sondern er kann nur dann zu einem vollen Erfolge führen, wenn er auf die eigentliche Ursache zurückgeht, deren Folge erst das unbillige Ergebnis ist. Die Ursache für den unerfreulichen Zustand im vorliegenden Falle ist der Umstand, daß der Konkursverwalter beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt überhaupt das Wahlrecht des § 17 KO hat, daher die vergeblichen Versuche Oertmanns und Rühls, ihm das Wahlrecht abzusprechen. Diese Bestrebungen hatten zwar das richtige Ziel im Auge, nur waren ihre Begründungen unzutreffend. Bei den Fällen des Eigentumsvorbehalts erwächst die Härte des Ergebnisses als Folge der Ablehnungserklärung aus der Tatsache, daß der Konkursverwalter nach der Erfüllungsablehnung die Möglichkeit haben soll, die unter Eigentumsvorbehalt verkaufte Sache mit der Eigentumsherausgabeklage wieder zur Konkursmasse zurückzuverlangen, denn hieraus entsteht erst der unbefriedigende Zustand, daß die Masse außer den bereits gezahlten Raten den Gegenstand selbst zurück erhält. Das Herausgabeverlangen des Konkursverwalters ist der für den Eigentumsvorbehalt typische Vorgang, der die Unbilligkeit des Ergebnisses im Gefolge hat. Die Geltendmachung dieses Herausgabeanspruches seitens des Konkursverwalters, ohne daß Zahlungsfähigkeit des Schuldners der Grund ist, ist eine Hand-

93a) Kisch in Kr. Vtj. Schr. Bd. 45 S. 60.

93b) Jaeger Einleitung zu § 17, Mentzel S. 87, Sandrock S. 55, Staub zu § 382 Anm. 78.

lungsweise, die mit dem Zweck und Wesen des Eigentumsvorbehalts in krassestem Widerspruch steht, und die auch mit dem früheren Verhalten des nachmaligen Gemeinschuldners nicht in Einklang zu bringen ist. Das ist ein Umstand, der bei der Suche nach einer einwandfreien Lösung nicht außer Acht gelassen werden darf. Nicht die unbillige Folge allein des Herausgabeverlangens darf zum Ausgangspunkt der Lösungsversuche gemacht werden, sondern in erster Linie die manglnde Rechtsgrundlage des Herausgabeverlangens selbst, das als Folge der Ablehnungserklärung die Voraussetzung für das Endergebnis ist.

Das kann nur erkannt werden, wenn man sich über Wesen und Zweck des Eigentumsvorbehalts klar ist.

Ansätze zu einem richtigen Lösungswege finden sich bereits bei Ebertsheim [94]). Wir haben seine Auffassung oben S. 18 ff. zwar insoweit abgelehnt, als er die Erfüllung schon mit der Übertragung des sogenannten „wirtschaftlichen Eigentums" als vorliegend ansehen will, er knüpft aber mit seiner Unterscheidung in wirtschaftliches und formelles Eigentum an eine Lehre an, die das Reichsgericht für das Gebiet der Sicherungsübereignung innerhalb des Konkursverfahrens aufgestellt hat, und die auch für die hier zu behandelten Fragen von ausschlaggebender Bedeutung ist.

In der Rechtsprechung des Reichsgerichts treten in diesem Zusammenhang drei verschiedene Fälle in Erscheinung, in denen es den Zweck und das Wesen der Sicherungsübereignung herausgestellt hat. Die Grundgedanken, von denen das Reichsgericht bei allen diesen Entscheidungen ausgeht, sind in der Entscheidung in Band 91 S. 279/280 klar und deutlich ausgesprochen. Es heißt hier u. a.:

„Rechtlich ist die Sicherungsabtretung keine Verpfändung. Indessen das durch Sicherungsabtretung begründete Recht vertritt nicht nur wirtschaflich die Stelle eines Pfandrechts, sondern es weist auch in rechtlicher Beziehung dem Pfandrecht verwandte Züge auf. Das abgetretene Recht scheidet nicht endgültig aus dem Vermögen des Abtretenden (Anvertrauenden), es soll vielmehr ebenso wie das Pfandrecht dem Gläubiger (Treuhänder) nur zur Sicherung seiner Forderung dienen, und nur solange dieser Zweck es nötig macht, darf es der Gläubiger behalten" [95]).

Hiervon ausgehend gelangt das Reichsgericht im ersten Fall zu dem Ergebnis, daß der Gläubiger, dem das Eigentum zur Sicherung übertragen worden ist, also der sogenannte „formelle Eigentümer", im Konkurse des Abtretenden, also des sogenannten „wirtschaftlichen Eigentümers", nicht aussonderungs- sondern nur absonderungsberechtigt sein soll [96]). Es tritt hier die Auffassung des Reichsgerichts klar zu Tage, daß das Sicherungseigentum lediglich einem Pfandrecht gleichzustellen ist, während trotz der formellen Eigentumsübertragung das eigentliche,

---

94) Vgl. Ebertsheim in JW 1930 S. 3705.
95) Vgl. auch Warn. 1910 Nr. 38, RG Bd. 89 S. 195.
96) JW 1928 S. 63 Nr. 12, Warn. 1910 Nr. 38, RG Bd. 24 S. 48/49, Bd. 91 S. 279/280, Bd. 118 S. 209. Vgl. auch Jaeger § 64 Anm. 6 und § 48 Anm. 13.

das wirtschaftliche Eigentum bei dem Sicherungsgeber verblieben ist. Der alleinige Sicherungszweck der Sicherungsübereignung wird damit unter Außerachtlassung der, rein formell gesehen, umgekehrten Rechtslage zur Grundlage der rechtlichen Beurteilung gemacht.

Im Zusammenhang hiermit steht auch ein Gutachten des Reichsfinanzhofs, der für das Gebiet des Steuerrechts die Auffassung ausgesprochen hat, daß dem sicherungsberechtigten Gläubiger auf Grund seines, durch die Sicherungsübereignung erworbenen Eigentums kein die Veräußerung hinderndes Recht im Sinne des § 319 RAbgO, der in dem wesentlichen Punkt mit § 771 ZPO übereinstimmt, zusteht [97]). Dieses Gutachten des Reichsfinanzhofs, das nicht unwidersprochen geblieben ist, führte jedoch, da es sich nur auf das Gebiet des Steuerrechts erstreckte, zu dem unerfreulichen Zustand, daß in Fällen, in denen der Fiskus beteiligt war, eine andere rechtliche Behandlung eintreten konnte, als in den Fällen, in denen ein rein privatrechtliches Schuldverhältnis vorlag [98]). Der Standpunkt des Reichsfinanzhofs ergibt sich aus folgenden Ausführungen:

„Muß es aber schon als eine Verletzung von Treu und Glauben empfunden werden, wenn jemand ein gutgehendes Geschäft betreibt, seine Privatgläubiger, insbesondere seine Lieferanten aber nicht befriedigt, weil die Einnahmen des Geschäfts in erster Linie dem Hauptgläubiger, nämlich dem Sicherungsgläubiger zufließen, der der Zwangsvollstreckung mit der Klage aus § 771 ZPO entgegentritt, so muß ein solcher Zustand dem Reiche gegenüber, für das aus dem Betriebe des Geschäfts Steueransprüche entstehen, als unleidlich bezeichnet werden."

Es ist daher im Anschluß an dieses Gutachten verschiedentlich die Forderung erhoben worden, diese Auffassung des Reichsfinanzhofs nicht auf das öffentliche Recht zu beschränken, sondern auch zur Grundlage der Entscheidungen innerhalb des gesamten bürgerlichen Rechts zu machen [99]). Diese Forderung hält sich durchaus im Rahmen der sonstigen Lehre des Reichsgericht über den Sinn und Zweck der Sicherungsübereignung und unterstreicht wirksam die Berechtigung dieser Lehre, obwohl das Reichsgericht selbst gerade in diesem Punkt eine ähnliche Entscheidung noch

---

97) RFH Bd. 19 S. 126. So in Bezug auf § 771 ZPO auch Nord in JW 1915 S. 189/90.

98) Rühl Eigentumsvorbehalt S. 13 ist deshalb in Bezug auf dieses Gutachten der Ansicht, „daß sich hieraus für das Wesen der Sicherungsübereignung und des Eigentumsvorbehalts nichts entnehmen lasse, da es sich ausdrücklich auf die Eigenart des Steueranspruches stütze. Es werde in diesem Gutachten nur das Verhältnis von Steuerrecht und Privatrecht behandelt, nicht das Verhältnis von vorbehaltenem Eigentum und Pfandrecht." Auf jeden Fall läßt sich aber aus dem Ergebnis des Gutachtens ersehen, in welcher Richtung sich die Gedanken über das Wesen von Sicherungsübereignung und Eigentumsvorbehalt für das Steuerrecht bewegen und sich auch für das Privatrecht zu bewegen haben, da sie sich in den Rahmen der sonstigen, vom Reichsgericht vertretenen Auffassung vom Wesen der Sicherungsübereignung und des Eigentumsvorbehalts vollkommen einpassen.

99) Liebisch in JW 1928 S. 946 ff. und Hoeniger in JW 1927 S. 717 ff. mit Nachweisen. Vgl. auch Gottfried Schmitt in DJZ 1912 Sp. 1045/1046 im Anschluß an Hellwig, Gläubigernot in RuW 112 S. 31.

nicht herausgebracht hat, vielmehr in widerspruchsvoller Weise entgegen seiner sonstigen Auffassung die Rechtsstellung des Sicherungsnehmers gegenüber Einzelzugriffen der Gläubiger des Sicherungsgebers nicht unter dem Gesichtspunkt der Absonderung, also nach § 805 ZPO, sondern unter dem der Aussonderung, also nach § 771 ZPO beurteilt[100]). Es ist deshalb auch in der Literatur das Verlangen erhoben worden, das Reichsgericht möge sich auch in diesen Fällen nicht von seiner sonstigen richtigen Rechtsprechung entfernen[101]).

Ganz besonders deutlich lassen die Entscheidungen im zweiten Falle die Auffassung des Reichsgerichts zu Tage treten[102]). Hier billigt das Reichsgericht sogar dem Abtretenden, also dem „wirtschaftlichen Eigentümer", im Konkurse des „formellen Eigentümers" ein Aussonderungsrecht zu. Es ist dies eine Anschauung, die in vollem Gegensatz zu der rein formellen Rechtslage steht. Es ist der Sieg des Gedankens des alleinigen Sicherungszwecks des Sicherungsigentums über den Gedanken des rein formellen Eigentums.

In Verfolg dieser Ansicht hat sich das Reichsgericht dann auch im dritten Falle auf den Standpunkt gestellt, daß der „wirtschiftliche Eigentümer" bei einer Zwangsvollstreckung in das Vermögen des „formellen Eigentümers" ein die Veräußerung hinderndes Recht an der Sache im Sinne des § 771 ZPO hat[103]).

Diese Entscheidungen des Reichsgerichts stellen die Rechtsnatur der Sicherungsübereignung mit Deutlichkeit heraus. Zu dieser Rechtsprechung führt Hans Merkel II[104]) zutreffend aus, daß gerade „im Konkurs die wahre Natur des Rechtsverhältnisses über seine Form siege. Die Sicherungsübereignung werde als das behandelt, was sie ihrem Wesen nach sei, nämlich als verkapptes Pfandrecht"[105]).

Der Versuch des Reichsgerichts, das Absonderungsrecht bei der Sicherungsübereignung mit dem Hinweis zu begründen, daß der Konkurs nach rascher Abwicklung dränge und deshalb die Behandlung der übereigneten Gegenstände als absonderungsfähig rechtfertige[106]), kann als alleinige Begründung nicht ausreichen[107]), stützt aber nach Merkels richtiger Ansicht in Wahrheit nur die Behauptung, daß gerade wegen des Drängens des Konkurses nach rascher Abwicklung er das wahre Wesen der Rechtsformen zum Durchbruch kommen läßt.

Es soll auf Grund dieser Ausführungen des Reichsgerichts nun keineswegs eine Teilung des Eigentumsbegriffs in wirtschaftliches und formelles Eigentum befürwortet werden, aber es soll doch der grundlegende Gedanke herausgezogen werden, daß der Sicherungseigentümer

---

100) RG Bd. 124 S. 73.
101) Vgl. Jaeger § 48 Anm. 13 mit Nachweisen.
102) RG Bd. 91 S. 14/15 und S. 279/280.
103) RG Bd. 79 S. 121, Bd. 89 S. 195, Bd. 91 S. 14/15.
104) Merkel in JW 1930 S. 1342.
105) So auch Jaeger § 48 Anm. 13. A. M. Rühl Eigentumsvorbehalt S. 11.
106) RG Bd. 124 S. 75.
107) Jaeger § 48 Anm. 13.

eben in Wahrheit gar kein Eigentümer ist, sondern nur ein nach Art des Pfandrechts gesicherter Gläubiger, dem die Funktionen eines Volleigentümers in Bezug auf den übereigneten Gegenstand nicht zugesprochen werden können [108]). Die Sicherungsübereignung ist danach eine Realsicherung nach Art des Pfandrechts, die nur deshalb in dieser Form zustande kommt, weil eine andere Möglichkeit, dem Anspruch Pfandsicherheit zu verschaffen, infolge des Publizitätsprinzips nicht möglich ist. Der Wille des Abtretenden geht dahin, die rechtliche und tatsächliche Herrschaft über die zur Sicherung übereigneten Gegenstände zu behalten und dem Gläubiger lediglich eine Sicherung für seine Forderung zu verschaffen, und ebenso geht der Wille des Gläubigers dahin, dem Schuldner die rechtliche und tatsächliche Gewalt über die Sachen zu belassen und lediglich eine Sicherung für seine Forderung zu erhalten [109]).

Dieses Ergebnis bedurfte besonderer Hervorhebung, da es auch für die Erkenntnis der Rechtsnatur des Eigentumsvorbehalts von maßgeblicher Bedeutung ist.

Das hat auch Ebertsheim erkannt, indem er die vom Reichsgericht für die Sicherungsübereignung herausgearbeiteten Grundsätze auch auf den Eigentumsvorbehalt anwenden wollte. Ebertsheim ist dabei offenbar von der Erwägung ausgegangen, daß das Wesen des Eigentumsvorbehalts mit dem der Sicherungsübereignung eine grundsätzliche Ähnlichkeit aufweist.

Auch bei dem Eigentumsvorbehalt geht wie bei der Sicherungsübereignung der für die rechtliche Behandlung der Übereinkunft maßgebende Parteiwille regelmäßig dahin, dem Kaufpreisanspruch Pfandsicherheit zu verschaffen. Da auch hier wie bei der Sicherungsübereignung die Belassung des unmittelbaren Besitzes bei dem Verkäufer, wie es für die gewöhnliche Bestellung des Pfandrechts erforderlich wäre, dem Kaufzweck, der doch gerade die Übertragung des unmittelbaren Besitzes auf den Käufer erfordert, entgegensteht, wird das Eigentum dem Verkäufer zum alleinigen Zwecke der Sicherung des Kaufpreisanspruches vorbehalten. Die so entstandene Rechtslage entspricht vollständig der bei der Sicherungsübereignung [110]).

---

108) Vgl. auch Nord in JW 1915 S. 190.

109) Die Ansicht Rühls Eigentumsvorbehalt S. 12, 13: daß die Parteien oft ein Pfandrecht garnicht bestellen wollen, sondern die Rechtsform des Eigentums bewußt wählen, weil eine Pfandrechtsbestellung den von ihnen verfolgten Zwecken überhaupt nicht oder nur teilweise genügt, ist sicherlich nicht richtig, oder trifft doch nur für wenige Ausnahmefälle zu, die für eine grundsätzliche Betrachtung nicht ins Gewicht fallen. Die Parteien wählen die Rechtsform des Eigentums, weil sie ein besitzloses Pfandrecht nach dem BGB nicht bestellen *können*, obgleich sie es *wollen*.

110) Für eine Gleichstellung von Sicherungsübereignung u. Eigentumsvorbehalt auch Fränkel Sp. 320, Jaeger § 26 Anm. 15, Rühl Eigentumsvorbehalt S. 158, sehr klar Ebertsheim in JW 1930 S. 3705: „Wirtschaftlich gesehen bedeutet der Kauf unter Eigentumsvorbehalt nichts anderes, als daß sich der Verkäufer eine Sicherung an der verkauften Ware verschafft. Da mit Rücksicht auf § 1205 BGB ein vertragliches Pfandrecht nicht bestellt werden kann, und da die Rückübertragung des Eigentums an der gelieferten Ware auf den Verkäufer im Wege der Sicherungsübereignung einen für den

Der tatsächliche Vorgang bei dem Eigentumsvorbehalt ist die Umkehrung des tatsächlichen Vorgangs bei der Sicherungsübereignung: Bei der Sicherungsübereignung wird nur das sogenannte „formelle Eigentum“ auf den anderen übertragen, während das gesamte sogenannte „wirtschaftliche Eigentum“ bei dem Abtretenden verbleibt, bei dem Eigentumsvorbehalt wird umgekehrt das gesamte sogenannte wirschaftliche Eigentum auf den anderen übertragen, während nur das formelle demzu Sichernden verbleibt. Am Ende dieser Vorgänge ist in beiden Fällen die Rechtslage genau dieselbe.

Aus diesen Erörterungen muß festgehalten werden, daß der Sinn und der Zweck des Eigentumsvorbehaltes ist, die Ware nebst nahezu allen rechtlichen Befugnissen auf den Käufer zu übertragen, während diesem nur für den Fall der Zahlungsunfähigkeit des Käufers eine Sicherungsmöglichkeit gegeben werden soll. Der Wille beider Vertragsparteien, also auch des Verkäufers, geht ohne jeden Zweifel dahin, das Rechtsgeschäft in diesem Sinne abzuschließen. Der Verkäufer w i l l ja garnicht Eigentümer im Sinne der Eigentumsdefinition bleiben, er will nur gesicherter Gläubiger sein [111]). Die Vereinbarung des Eigentumsvorbehalts schließt unbedingt auch die Verpflichtung für den Verkäufer ein, sich aller Einwirkungen auf die Sache, zu denen er sonst als richtiger Eigentümer berechtigt wäre, zu enthalten, solange der Käufer seinen Zahlungsverpflichtungen nachkommt. Tut er das nicht, beruft er sich auf sein Eigentum, ohne daß Zahlungsunfähigkeit des Käufers der Grund ist, so begeht er ein venire contra factum proprium, er handelt insofern gegen Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte und muß sich gefallen lassen, daß die Möglichkeiten, die die Rechtsordnung dem Gegner gegen ein solches Verhalten gibt, gegen ihn in Ansatz gebracht werden.

Dieselben Gesichtspunkte greifen Platz, wenn der Konkursverwalter sich auf dieses formelle Eigentum des Gemeinschuldners beruft, solange ein Grund dafür in dem, dem Eigentumsvorbehalt zu Grunde liegenden Sinne nicht vorhanden ist. Die Geltendmachung des Herausgabeanspruchs ist eine Handlungsweise, die in völligem Gegensatz zu dem Sinn und Zweck des Eigentumsvorbehaltes steht. Das ergibt sich ohne weiteres schon daraus, daß von dem Vorgehen des Konkursverwalters nicht nur die zahlungsunfähigen Schuldner betroffen werden, sondern gerade auch die zahlungsfähigen, denn diese können ja noch nicht einmal durch sofortige Zahlung des ganzen Kaufpreises dem Zugriff des Konkursverwalters entgehen, da nach der Ablehnungserklärung des Konkursverwalters die Erfüllungsansprüche nicht mehr bestehen und eine Zahlung jetzt nicht mehr Tilgung der Kaufpreisschuld sein würde, also auch nicht mehr den Eintritt der Bedingung und damit den Eigentumsübergang auslösen könnte. Insofern kann dem Konkursverwalter ein Recht zu seiner Handlungsweise nicht zugesprochen werden. Was bei dem Gemeinschuldner Unrecht ist, kann in demselben Falle bei dem Konkursverwalter nicht zum Recht wer-

---

Handelsverkehr unbegreiflichen Umweg bedeuten würde, so behilft man sich mit dem Eigentumsvorbehalt.“

111) Vgl. Anm. 109.

den. Dafür gibt die Konkursordnung keine Handhabe, kann und darf sie auch nicht geben. Auch die Handlungsweise des Konkursverwalters muß genau so als Verstoß gegen Treu und Glauben angesehen und dementsprechend behandelt werden.

Das hier verarbeitete Gedankengut liegt in seinen Hauptzügen auch den Ausführungen Heinrich Lehmanns zu dem Problem des § 17 KO zu Grunde [112]). Heinrich Lehmann bezieht seine Lehre aber nicht auf das Herausgabeverlangen des Konkursverwalters, sondern er arbeitet den Zweckgedanken des § 17 KO im Ganzen heraus und versucht seine Grenzen nachzuweisen, indem er den Gedanken von Treu und Glauben auf die vollständig vorgenommenen Erfüllungshandlungen des Verkäufers, also auf die Anwendbarkeit des § 17 KO direkt bezieht. Nach Lehmanns Ansicht schließt der § 17 lediglich den unzumutbaren Erfüllungszwang aus. Die Lossagung von der Bindung an die vollständig vorgenommenen Erfüllungshandlungen stehe dagegen mit dem obersten Grundsatz von Treu und Glauben im Widerspruch. Von hier aus erst werde es völlig einleuchtend, daß der Verwalter im Konkurse des Vorbehaltsverkäufers „auf Grund eines solchen unzulässigen Selbstwiderspruchs nicht verlangen kann, besser gestellt zu werden, als der Vorbehaltsverkäufer und Gemeinschuldner ohne den Konkurs stünde". Ein solcher Selbstwiderspruch liegt nach Ansicht Lehmanns [113]) darin, daß der Konkursverwalter versucht, den Eintritt der vom Gemeinschuldner, dem Vorbehaltsverkäufer, vorgenommenen Erfüllungshandlungen im letzten Augenblick zu verhindern, ohne daß ein Rücktrittsgrund nach dem BGB vorliegen würde. Damit wäre dem Konkursverwalter die Macht gegeben, die Konkursmasse reicher zu machen, als sie ohne den Konkurs sein würde.

Auch hier tritt der Gedanke des venire contra factum proprium sowohl in Bezug auf den Gemeinschuldner selbst als auch in Bezug auf den Konkursverwalter in Erscheinung. In der Lehre Lehmanns fehlen jedoch Anhaltspunkte für die tatsächliche Durchführung seiner Theorie. Es tritt an keiner Stelle in Erscheinung, wie seine teleologische Betrachtung in der Praxis angewendet werden könnte. Ein grundsätzliches, praktisch geeignetes Ergebnis konnte auch bei seiner Lehre nicht herausgearbeitet werden, weil auch sie an einem unzweckmäßigen Ausgangspunkt einsetzt, der nicht die typische Ursache für das unbillige Ergebnis gerade beim Eigentumsvorbehalt ist und deshalb zu einer in allen Teilen befriedigenden Lösung nicht führen kann. Trotzdem ist der richtige Grundgedanke der Lehmann'schen Lehre nicht zu verkennen und sie soll deshalb zur Erhärtung der hier vorgetragenen Ansicht herangezogen werden.

Es könnte nun erwogen werden, die Lösung des Problems dadurch zu erreichen, daß man dem Käufer nach der Ablehnungserklärung das Recht gibt, dem Herausgabeverlangen des Konkursverwalters die exceptio doli generalis, deren Voraussetzungen nach dem Vorgetragenen vorliegen, entgegenzusetzen. Das Herausgabeverlangen wäre die einzige Handlung des Konkursverwalters, der man praktisch die exceptio doli generalis ent-

---

112) Lehmann S. 352, 355.
113) Lehmann S. 352.

gegenhalten könnte. Es würde dann das folgende Ergebnis herauskommen: Der Konkursverwalter könnte den Kaufgegenstand nicht mehr zur Konkursmasse zurückziehen, er behielte aber das „formelle Eigentum“ und die bereits gezahlten Raten. Der Käufer behielte die noch ausstehenden Raten und bliebe berechtigter Besitzer und „wirtschaftlicher Eigentümer“ der Kaufsache. Es würde also jetzt eine Benachteiligung der Konkursmasse und eine Bevorteilung des Käufers eingetreten sein, denn der Käufer hätte sowohl die noch zu zahlenden Raten als auch das „wirtschaftlich Eigentum“ an der Kaufsache. Dieses Ergebnis ist nicht ausgeglichen. Es läßt sich aber auch nicht ausgleichen und zeigt, daß mit der exceptio doli generalis in ihrer alten Form in dem vorliegenden Falle nicht auszukommen ist.

Für die Praxis könnte allerdings auch eine theoretisch so unbefriedigende Lösung eine Bedeutung erlangen: Der Konkursverwalter, der sieht, daß er mit einer Ablehnungserklärung in Fällen des Eigentumsvorbehalts nur Nachteile für die Konkursmasse haben würde, ohne die angestrebte Bereicherung erzielen zu können, wird nach Prüfung der Frage, ob er die Erfüllung des Kaufvertrages ablehnen soll oder nicht, die Erfüllung des Kaufvertrages eben nicht mehr ablehnen. Er würde sich also in allen Fällen des Eigentumsvorbehalts grundsätzlich für die Erfüllung des Vertrages entscheiden, da er durch seine arglistige, gegen Treu und Glauben verstoßende Ablehnungserklärung der Konkursmasse selbst Schaden zufügen würde. Die Anwendung der exceptio doli generalis würde also letzten Endes praktisch dazu führen, die Erfüllungsablehnung des Konkursverwalters in den Fällen des Eigentumsvorbehalts auszuschließen.

Diese Erwägung allein kann jedoch nicht dazu führen, den Versuch zu unterlassen, das Problem zu einer juristisch einwandfreien, theoretischen Lösung zu bringen.

Diese Lösung ergibt sich aus den Gedanken der neuen Rechtswissenschaft über Treu und Glauben im allgemeinen und der von Siebert herausgearbeiteten Lehre über Unzulässigkeit der Rechtsausübung und den Rechtsmißbrauch im besonderen [114]).

Daß das Herausgabeverlangen des Konkursverwalters beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt, wenn nicht Zahlungsunfähigkeit des Käufers der Grund ist, im Hinblick auf den Selbstwiderspruch, der in der Handlungsweise des Konkursverwalters liegt, gegen Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte verstößt, ist ausführlich dargelegt worden. Dieses Herausgabeverlangen ist nun aber nur die Folge der Erfüllungsablehnung des Konkursverwalters nach § 17 KO. Da aber der Konkursverwalter die Erfüllung des Vertrages einzig und allein zu dem Zwecke ablehnt, um in einer gegen Treu und Glauben verstoßenden Weise die Herausgabeklage geltend machen zu können, so ist in den Fällen des Eigentumsvorbehalts, in denen die Ablehnungserklärung dazu benutzt werden soll, ein Rechtsinstitut zu Zwecken zu mißbrauchen, für die es

---

114) Siebert. Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung. Marburg 1934.

ursprünglich nicht vorgesehen war, auch die Ablehnungserklärung des Konkursverwalters schon als ein Verstoß gegen Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte anzusehen und dementsprechend zu behandeln, da sie hier nur dem Zwecke dient, dem Verstoß gegen Treu und Glauben Tür und Tor zu öffnen.

Die Handlungsweise des Konkursverwalters stellt sich insofern als eine unzulässige Rechtsausübung, als ein Rechtsmißbrauch dar. Der Konkursverwalter stützt sich zwar auf das formale Recht, das ihm die Möglichkeit zu seinem Vorgehen gibt, er verstößt aber gegen den das ganze Privatrecht beherrschenden Satz, „daß jedermann in der Ausübung seiner Rechte nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu handeln hat“ [115]). Das gilt für alle Rechte einschließlich der Gestaltungsrechte, unter die man auch die Erfüllungsablehnung zu rechnen hat [116]). Es gilt sogar ganz besonders für die Gestaltungsrechte, weil gerade diese sehr häufig die Grundlage für einen Rechtsmißbrauch bilden können. Der Konkursverwalter, der in der hier beanstandeten Weise vorgeht, verlangt mehr als er verlangen kann und handelt insoweit „ohne Recht“, denn nur diejenigen Handlungen, die sich in den Grenzen von Treu und Glauben halten, können noch als Rechtsinhalt und Inhaltsverwirklichung angesehen werden [117]). Jedes Recht kann seinem Inhalt nach nur so weit gehen, wie Treu und Glauben dies gestatten. Wer diese Grenze überschreitet, überschreitet sein Recht, handelt also „ohne Recht“.

Da sich der Konkursverwalter nicht mehr in den Grenzen von Treu und Glauben hält, sondern diese Grenzen durch sein dem Zwecke des Eigentumsvorbehalts widersprechendes Verhalten überschreitet, so handelt er mit seiner Erfüllungsablehnung „ohne Recht“.

Die Rechtsfolgen eines solchen Handelns „ohne Recht“ drückt Siebert folgendermaßen aus [118]): „Die Norm hat den Rechtsgehalt (von Anfang an) so begrenzt, daß der scheinbar Ausübende jetzt also nicht nur ohne das Recht zu verwirklichen handelt, sondern sogar auch ohne das Recht überhaupt zu berühren.“

Die rechtsmißbräuchliche Ablehnungserklärung des Konkursverwalters kann das Ablehnungsrecht überhaupt nicht berühren, läßt es also garnicht zur Wirkung kommen. Die Rechtslage bleibt so, als hätte der Konkursverwalter die Ablehnungserklärung überhaupt nicht abgegeben, der Vertrag bleibt unangetastet bestehen. Die Ablehnungserklärung ist einfach nichtig. Die Voraussetzung für die Geltendmachung des Herausgabeanspruches, das Erlöschen der Erfüllungsansprüche, tritt also garnicht ein, sodaß alle unbilligen Folgen grundsätzlich vermieden werden.

In der praktischen Erscheinungsform, prozessual, würde der Einwand der Unzulässigkeit der Rechtsausübung als rechtshindernde Einwendung aufzufassen sein. Daß ein Rechtsmißbrauch grundsätzlich von Amts wegen

---

115) Siebert S. 125.
116) Vgl. Jaeger § 17 Anm. 30.
117) Siebert S. 91.
118) Siebert S. 139.

zu beachten ist, entspricht dem Grundgedanken der Anschauung über die Unzulässigkeit der Rechtsausübung und knüpft auch an die herrschende Lehre bezüglich des § 242 BGB an[119]).

Der Gedanke, daß eine gewisse Rechtsunsicherheit bei der Anwendung dieser Auffassung von der Unzulässigkeit der Rechtsausübung eintreten könnte, da die Inhaltsbegrenzungen gemäß Treu und Glauben im allgemeinen nicht im voraus konkret zu bestimmen sind, hat für das hier behandelte Problem keine Bedeutung, denn hier kann man ganz genau die Inhaltsbegrenzungen vorher bestimmen: Die Erfüllungsablehnung zum Zwecke der Geltendmachung der Herausgabeklage verstößt immer gegen Treu und Glauben. Alle Fälle des Eigentumsvorbehalts im Konkurse des Verkäufers werden erfaßt, ganz unabhängig von der Höhe der noch ausstehenden Raten, denn der Rechtsmißbrauch liegt in der Ablehnungserklärung und dem Herausgabeerlangen des Konkursverwalters an sich, da eben der Eigentumsvorbehalt nicht irgendwelchen Zwecken außer der Sicherung des Verkäufers für den Fall der Zahlungsunfähigkeit des Käufers dienen darf: Die Rechtsordnung kann nicht dulden, daß ein Rechtsinstitut zu Zwecken mißbraucht wird, für die es ursprünglich nicht bestimmt war, und daß aus einem solchen, gegen Treu und Glauben verstoßenden Verhalten Vorteile gezogen werden. Einzig und allein hierauf fußt die hier vertretene Ansicht und darin beruht gerade ihr Sinn und Zweck. Sie geht nicht von dem unbilligen Ergebnis im Einzelfall aus, sondern sie erwächst aus einer grundsätzlichen Anschauung und verhindert so den Eintritt der unbilligen Folgen im Prinzip. Es ist also bei allen Fällen des Eigentumsvorbehalts eine einheitliche Rechtsanwendung vollkommen gesichert, während sonst bei der Anwendung der Gedanken von Treu und Glauben nur ein bestimmter Einzelfall betroffen wird. Hier wird dagegen eine genau umrissene Gruppe von Fällen erfaßt, nämlich sämtliche Eigentumsvorbehalte im Konkurse des Verkäufers, wenn der Konkursverwalter von seinem Ablehnungsrecht und seinem Herausgabeanspruch Gebrauch macht, ohne daß Zahlungsunfähigkeit des Schuldners der Grund ist. Durch diese grundsätzliche, bei dem für den Eigentumsvorbehalt typischen Vorgang wird jegliches unbillige Ergebnis vermieden.

Die praktische Abrundung des Ergebnisses zeigt sich bei folgender Erwägung: Der Konkursverwalter würde auch nach der bisher herrschenden Ansicht den Versuch, die Erfüllung abzulehnen, nur dann machen, wenn die Konkursmasse dadurch einen Vorteil erlangen würde, wenn also die bereits gezahlten Raten den Betrag für die Abnutzung des Kaufgegenstandes übersteigen würden; auf diese Fälle ist nun die Lösung gerade zugeschnitten und sie vermeidet hier jede Härte. In den anderen Fällen, in denen die gezahlten Raten den durch die Benutzung des Kaufgegenstandes eingetretenen Minderwert nicht übersteigen, würde der Konkursverwalter auch nach der bisher herrschenden Lehre die Erfüllung des Kaufvertrages nach Prüfung dieser Fragen sowieso nicht ablehnen denn hier würde ja die Konkursmasse durch eine Ablehnungserklärung

119) Vgl. Siebert S. 148 mit Nachweisen.

schlechter gestellt werden, als sie bei Erfüllung des Vertrages stehen würde. Wollte er es dennoch, und würde ihn die Anwendung der hier vertretenen Ansicht daran hindern, so würde das sogar nur zum Vorteil der Konkursmasse gereichen, denn sie erhielte jetzt den vollen Gegenwert für den Kaufgegenstand, den sie andernfalls in Anbetracht der Abnutzung nicht erhalten haben würde, und auf der Seite des Käufers wäre ebenfalls der vollkommene vertragliche Ausgleich vorhanden. Mehr kann der Käufer nicht verlangen.

Bezüglich der Auswirkungen dieses Ergebnisses auf die Abwicklung des Konkurses könnte noch ein Bedenken auftauchen:

Wenn dem Konkursverwalter die Möglichkeit der Ablehnungserklärung genommen ist, dann bleibt der Kaufvertrag in seiner ursprünglichen Form bestehen. Das würde bedeuten, daß der Käufer die Raten in genau denselben Zeitabständen weiterzahlen könnte, wie er es auch ohne den Konkurs getan haben würde. Es entsteht die Frage, ob das, wenn dem Käufer weite Zahlungsfristen eingeräumt sind, zu einer unerwünschten Verlängerung des Konkursverfahrens führen kann, ein Gesichtspunkt, den z. B. das Reichsgericht in Band 140 Seite 160 bei der Besprechung des Lösungsversuches Bleys (vgl. hier Seite 18/19) hervorgehoben und Witte [120]) dahin erläutert hat, daß eben bei weiten Zahlungsfristen eine „geradezu hoffnungslose Verlängerung des Konkursverfahrens des Verkäufers" die Folge sein könnte.

Dieser Einwand verliert jedoch bei genauer Betrachtung für die vorliegende Lösung seine Kraft. Zwar bezieht sich die Lösung unabhängig von der Höhe der noch ausstehenden Raten auf sämtliche Fälle des Eigentumsvorbehalts im Konkurse des Verkäufers, es ist aber doch zu beachten, daß auch nach der bisher herrschenden Auffassung, wie bereits Seite 35 erwähnt, der Konkursverwalter die Erfüllung des Vertrages nicht ablehnen würde, solange die bereits gezahlten Raten den durch die Benutzung des Kaufgegenstandes eingetretenen Minderwert nicht übersteigen. In diesen Fällen besteht also praktisch kein Unterschied zwischen der bisher herrschenden Lehre und der neuen Lösung. Sie werden also von dem Bedenken nicht betroffen. Nur in den Fällen, in denen der noch ausstehende Kaufpreisrest geringfügig ist und der Konkursverwalter durch die neue Lösung an der Ausübung des Ablehnungsrechts gehindert wird, tritt der Unterschied in der Praxis in Erscheinung. Je kleiner nun der Kaufpreisrest ist, desto schneller wird auch die Restzahlung erledigt sein. Sollte wirklich einmal durch zu weite Zahlungsfristen und durch eine noch beträchtliche Höhe des Kaufpreisrestes die Fälligkeit einzelner Raten später eintreten, als das Konkursverfahren bei normaler Abwicklung beendet ist, so würde trotzdem einer rechtzeitigen Beendigung des Konkursverfahrens aus folgenden Gründen nichts im Wege stehen:

Zunächst besteht bezüglich der Kaufpreisrestforderung die Möglichkeit, daß sie vom Konkursverwalter in irgendeiner Weise ordnungsgemäß verwertet wird. Sollte die Forderung, die zwar auf jeden Fall rechtlich, nicht aber unbedingt auch tatsächlich verwertbar ist, wirklich einmal auch

120) Witte in JW 1934 S. 1142.

nicht durch eine bei Forderungen sonst nicht übliche Veräußerung, wie z. B. Verkauf, zu verwerten sein, so hat der Konkursverwalter die Möglichkeit, sie an den Gemeinschuldner freizugeben. In diesem Falle müßte der Käufer die Raten weiter an den Gemeinschuldner zahlen. Der Konkurs erlitte keinerlei Störung.

Steht aber die Unverwertbarkeit nicht fest, so gibt der Schlußtermin dem Konkursverwalter Gelegenheit, eine Entschließung der Gläubigerschaft herbeizuführen, die ihn entlastet und das weitere Schicksal der Forderung bestimmt. Entweder stimmt die Gläubigerschaft der Freigabe zu — das ist auch stillschweigend möglich, wenn sie sich nicht für irgendeine Art der Verwertung der Forderung entscheidet — oder sie billigt die Übernahme der nicht anders verwertbaren Forderung durch einen oder mehrere Gläubiger. In diesem Falle wird die Forderung dem Übernehmer auf seinen Antrag zu einem bestimmten Preise unter Anrechnung auf die ihm gebührende Konkursdividende überlassen. Auch hier steht der Beendigung des Konkurses nichts im Wege[121]).

Schließlich besteht die Möglichkeit, die nach Konkursbeendigung freiwerdenden Raten einer Nachtragsverteilung (§ 166 KO) vorzubehalten. Die Nachtragsverteilungen hindern die Beendigung des Konkurses im übrigen nicht.

Keineswegs ist also mit dem Ausschluß der Ablehnungsmöglichkeit des Konkursverwalters etwa unlösbar eine Verzögerung der Abwicklung des Konkursverfahrens verbunden. Zu einer abschließenden Regelung in Form einer der obenerwähnten Möglichkeiten kommt es im Schlußtermin, der nach Verwertung der Masse und klarer Übersicht des Konkursverwalters über die nicht verwertbaren Vermögensstücke stattfindet, auf jeden Fall. Von einer „hoffnungslosen Verlängerung des Konkursverfahrens" kann also keine Rede sein.

Es wäre somit eine für alle Fälle des Eigentumsvorbehalts im Konkurse des Verkäufers geltende einheitliche Regelung gewonnen, welche die Rechtsanwendung in Zukunft vor den zum Ausgangspunkt der Abhandlung genommenen fehlerhaften Ergebnissen bewahrt. Die Hauptwirkung der Lösung würde allerdings auch hier in der Praxis eine indirekte sein, denn kein Konkursverwalter wird die Erfüllungsablehnung erklären, wenn dies zwecklos ist und nur unnötige Kosten verursacht. Das ist es aber, was letzten Endes erreicht werden sollte.

Der gefundene Rechtssatz würde in Bezug auf den behandelten Sachverhalt lauten:

Eine Erfüllungsablehnung des Konkursverwalters beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt im Konkurse des Verkäufers ist im Hinblick auf die daraus folgende, gegen Treu und Glauben verstoßende Geltendmachung des Eigentumsherausgabeanspruches als unzulässige Rechtsausübung anzusehen und deshalb als Handeln „ohne Recht" nichtig.

---

121) Vergleiche zu diesen Fragen Jaeger § 162 Anm. 2.

Lebenslauf.

Am 31. August 1908 wurde ich als Sohn des Fabrikdirektors Bruno Dettmann und seiner Ehefrau Maria geb. Leitmeyer in Krefeld geboren. Ich besuchte die Realgymnasien in Krefeld, Rathenow und Berlin und erhielt am 7. März 1928 am Dorotheenstädtischen Realgymnasium zu Berlin das Zeugnis der Reife. Danach studierte ich Rechtswissenschaft an den Universitäten Berlin und Marburg und bestand am 10. November 1934 die erste juristische Staatsprüfung beim Justizprüfungsamt in Kassel. Am 23. Januar 1935 erfolgte meine Ernennung zum Gerichtsreferendar im Oberlandesgerichtsbezirk Karlsruhe.